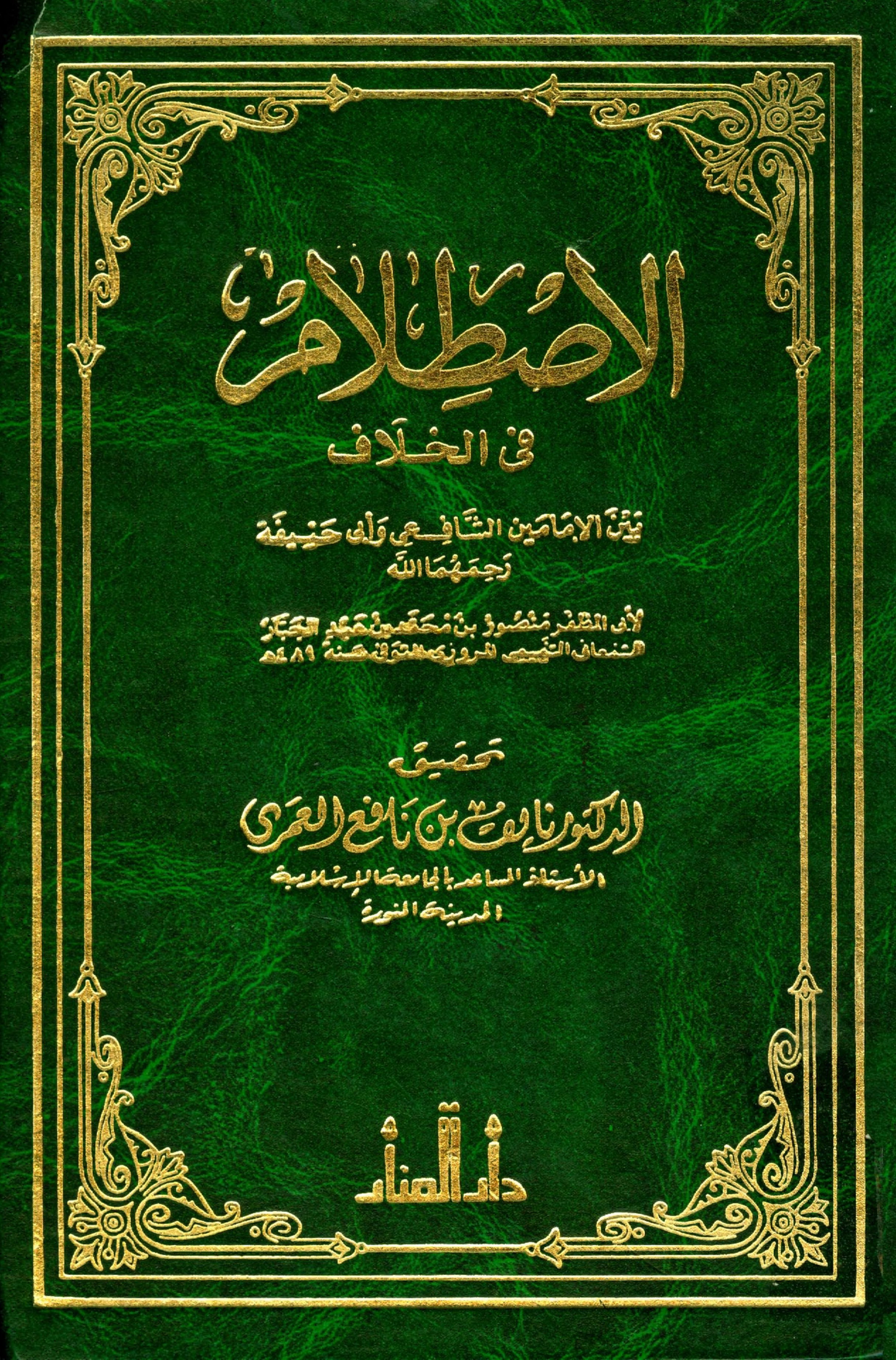

الاصطلام
في الخلاف
بين الإمامين الشافعي وأبي حنيفة
رحمهما الله
لأبي المظفر منصور بن محمد بن عبد الجبار
السمعاني التميمي المروزي المتوفى سنة ٤٨٩هـ
تحقيق
الدكتور نايف بن نافع العمري
الأستاذ المساعد بالجامعة الإسلامية
المدينة المنورة
دار المنار

الاصطلام

في الخلاف
بين الإمامين الشافعي وأبي حنيفة
رحمهما الله

لأبي المظفر منصور بن محمد بن عبد الجبار
السمعاني التميمي المروزي المتوفى سنة ٤٨٩هـ

الجزء الأول

تحقيق
الدكتور نايف بن نافع العمري
الأستاذ المساعد بالجامعة الإسلامية
المدينة المنورة

دار المنار

بسم الله الرحمن الرحيم

الإصطلام

في الخلاف بين الإمامين الشافعي وأبي حنيفة
رحمهما الله

الطبعة الأولى

١٤١٢ هـ - ١٩٩٢ م

دار المنار للطبع والنشر والتوزيع

٩ ش الباب الأخضر - ميدان الحسين

ص ب ٦٣ هليوبوليس القاهرة - ت : ٩١٥٠٨٥

....

بِسْمِ اللَّهِ الرَّحْمَنِ الرَّحِيمِ

الحمد لله نحمده ونستعينه ونستهديه ، ونعوذ بالله من شرور أنفسنا ، وسيئات أعمالنا ، من يهدى الله فهو المهتدى ، ومن يضلل فلن تجد له ولياً مرشداً .

وأشهد أن لا إله إلا الله وحده لا شريك له ، وأشهد أن محمداً عبده ورسوله النبى الأمى المبعوث رحمة للعالمين ، أشهد أنه بلغ الرسالة ، وأدى الأمانة ، ونصح الأمة ، وجاهد فى الله حق جهاده ، وأبان الحُجَّة ، وأوضح المحجة فقال : « تركتكم على المحجة البيضاء ليلها كنهارها لا يزيغ عنها إلا هالك » .

وقد قام أصحابه من بعده رضوان الله عليهم بنشر هذا الدين وتبليغه للناس على ما أراده الله ورسوله ﷺ ، وحملوه إلى الناس صافياً ونقياً كما أنزل ، وكما سمعوه ، ثم حمله التابعون من بعدهم ، ثم مَنْ بعدهم على ما جاء فى الأثر : « يحمل هذا من كل خلف عدوله ينفون عنه تحريف الغالين وانتحال المبطلين ، وتأويل المخالفين » .

قال الخطيب البغدادى - أبو بكر أحمد بن على - : « وهذه شهادة من رسول الله ﷺ بأنهم أعلام الدين وأئمة المسلمين لحفظهم الشريعة من التحريف ، والانتحال للباطل ، ورد تأول الأبله الجاهل وأنه يجب الرجوع إليهم ، والمعول فى أمر الدين عليهم ، رضى الله عنهم » .

وإن أبا المظفر منصور بن محمد السمعانى - صاحب الاصطلام - من هذا الصنف ، فقد رد على أهل القدر فى كتاب يقال إنه ألَّفه فى عشرين جزءاً ، وحمل لواء السُنَّة والذَّب عنها فى خراسان ومرو فى عصره .

قال أبو القاسم ابن إمام الحرمين : « أبو المظفر السمعانى شافعى وقته» وألّف كتابه المسمى « الانتصار لأهل الحديث » .

وقد اطلعت على كتاب الاصطلام لأبى المظفر السمعانى أثناء تحقيقى لـ « كتاب النكاح من الأسرار » لأبى زيد الدبوسى واستفدت منه كثيراً وأعجبنى الكتاب فى استدلالاته ومناقشاته وإيراده للأحاديث والآثار وعللها .

فحرصت منذ ذلك الوقت على اقتناء الكتاب ، ومن ثَمَّ تحقيقه ، وقد بدأت بالبحث عن مخطوطاته وأماكن وجودها فى العالم .

فمنّ اللّه علىّ بأن اطلعت على فهرس نوادر المخطوطات العربية فى تركيا لرمضان ششن فوجدته تحت رقم ٥٨٢ بمكتبة (جار اللّه) السليمانية فعزمتُ على تحقيقه وطلبتُ ذلك من الجهات الرسمية بتركيا ، وبعد سنة من الانتظار جاء الجواب بالموافقة على التصوير ، فحمدتُ اللّه تعالى على ذلك ووصلنى الكتاب فى شهر رمضان سنة ١٤١١ هـ ، فاستعنت باللّه فى نسخه وتحقيق نصوصه بقدر المستطاع بدون إطالة ولا تقصير ، وها أنا ذا اليوم أقدم - كتاب « الطهارة والصلاة » - للقارئ الكريم ، وسيتلوه إن شاء اللّه كتاب الزكاة والصوم والحج .

والكتاب له قيمته العلمية بين الكتب المماثلة وعند المهتمين بهذا الفن لإيراده النصوص الكثيرة استدلالاً ومناقشة .

وقد كتبتُ نبذة مختصرة عن أبى المظفر السمعانى للتعريف بهذا الإمام العلامة .

وقد حصرتُ الكلام فيها على النقاط التالية : -

- اسمه .
- نسبه .
- رحلاته .
- شيوخه .
- تلاميذه .
- مؤلفاته .
- إثبات نسبة الكتاب إلى المؤلف .
- مصادره فى هذا الكتاب .
- وصف المخطوطة .
- منهج التحقيق .

وأسأل اللّه تعالى أن يرزقنا الإخلاص فى القول والعمل إنه جواد كريم وصلى اللّه وسلم على محمد وآله وصحبه أجمعين .

* * *

• اسمه :

هو الإمام العلامة الحافظ ، مفتى خراسان ، شيخ الشافعية ، العلم الزاهد ، الورع ، أحد أئمة الدنيا ، الرفيع القدر ، العظيم المحل ، المشهور الذكر ، أحد من طبق الأرض ذكره ، وعبق الكون نشره : أبو المظفر منصور ابن محمد بن عبد الجبار السمعانى التميمى المروزى ، كان حنفياً ثم صار شافعياً [1] .

• نسبه :

قال ابن السمعانى فى الأنساب : « وأما سمعان الذى ننتسب إليه فهو بطن من تميم ، هكذا سمعت سلفى يذكر ذلك .

فأول مَنْ حدّث من سلفنا ..... [2] ثم القاضى الإمام ، أبو منصور محمد بن عبد الجبار بن أحمد بن محمد بن جعفر بن أحمد بن عبد الجبار ابن الفضل بن الربيع بن مسلم بن عبد الله بن سمعان التميمى ، وولده أبو القاسم على ، وأبو المظفر منصور جدى [3] .

• نشأته :

نشأ أبو المظفر السمعانى فى أسرة اشتهرت بالعلم والقضاء فتفقّه على أبيه ودرس الفقه الحنفى وبرع فيه وبرّز على أقرانه ، قال عبد الغافر الفارسى : « الإمام أبو المظفر وحيد عصره فى وقته فضلاً وطريقة وزهداً

---

(١) ترجمته فى : الأنساب (٣/٢٩٩) ، المنتخب من سياق تاريخ نيسابور ورقة ١٣٠/ب ، سير أعلام النبلاء (١٩/١١٤) ، العبر (٢/٣٦١) ، طبقات السبكى (٥/٣٣٥) ، شذرات الذهب (٣/٣٩٣) ، البداية والنهاية (١٢/١٦٤) ، اللباب (٢/١٣٨) ، كشف الظنون (١/٤٤٩) ، هدية العارفين (٢/٤٧٣) ، النجوم الزاهرة (٥/١٦٠) .

(٢) بياض فى الأنساب .

(٣) الأنساب (٣/٢٩٨) .

وورعاً من بيت العلم والزهد ، أبوه القاضى محمد من وجوه مشايخ مرو وأفاضلهم ، وهذا نشأ فى التعلم ودرس على أبيه الفقه وتخرج فيه وصار من فحول أهل النظر ... » [١] .

ويقول عن نفسه : « ما حفظتُ شيئًا فنسيتُه » [٢] .

قال ابن السمعانى : « سمع الحديث الكثير فى صغره وكبره ، وانتشرت عنه الرواية ، وكثر أصحابه وتلاميذه وشاع ذكره » [٣] .

كان حسن الإعتقاد ، رد على القدرية فى كتابه المسمى « الرد على القَدَرية » .

ونقل الذهبى فى السير عن أبى سعد - حفيده - قوله : « سمعتُ أبا الأسعد بن القشيرى يقول : سئل جدك بحضور والدى عن أحاديث الصفات فقال : عليكم بدين العجائز » .

ومعنى هذا أن السلامة فى التسليم لمراد الله فى هذه المواضع بدون تشبيه أو تحريف أو تعطيل أو تكييف .

وبعد أن قوى أبو المظفر واشتد عوده رحل إلى نيسابور لطلب المزيد من العلم والتقى بإمام الحرمين كما سيأتى فى رحلاته [٤] .

• مولده :

ولد فى ذى الحجة سنة ست وعشرين وأربعمائة [٥] .

---

(١) المنتخب ورقة (١٣٠/ب) .

(٢) طبقات السبكى (٣٤٤/٥) ، سير أعلام النبلاء (١٩٩/١٩) .

(٣) الأنساب (٢٩٩/٣) .

(٤) سير أعلام النبلاء (١١٩/١٩) .

(٥) الأنساب (٢٢٩/٣) ، سير أعلام النبلاء (١١٤/١٩) ، طبقات السبكى (٣٣٥/٥)، المنتخب من سياق تاريخ نيسابور ورقة (١٣٠/ب) .

• وفاته :

توفى يوم الجمعة الثالث والعشرين من شهر ربيع الأول سنة تسع وثمانين وأربعمائة ، ودفن بأقصى سنجدان - إحدى مقابر مرو [1] - . عاش ثلاثاً وستين سنة .. رحمه الله .

• رحلاته :

نشأ أبو المظفر نشأة أبناء العلماء من العناية والرعاية فى التعلم ودراسة الفقه وقد تخرّج على أبيه وصار من فحول أهل النظر وهو يومئذ حنفى المذهب .

قال عبد الغافر الفارسى : « ثم قدم نيسابور وحضر مجلس المناظرة وتكلّم فى المسائل بحضرة إمام الحرمين فارتضى كلامه وأثنى عليه وأقرّ له بالفقه » [2] .

ولا يُعرف متى خرج من مرو إلى نيسابور ، إلا أن السبكى فى الطبقات قال إنه « دخل بغداد سنة ٤٦١ هـ وناظر بها الفقهاء وجرت بينه وبين أبى نصر بن الصباغ مناظرة أجاد فيها الكلام ، واجتمع بالشيخ أبى إسحاق الشيرازى وهو إذ ذاك حنفى » [3] .

ومن بغداد خرج إلى الحج وهو شاب [4] ، من غير الطريق المعتاد وقد قُطِعَ طريق الحاج بسبب استيلاء الأعراب عليه فَقُطِعَ على أبى المظفر ورفقته

---

(١) الأنساب (٣/٢٢٩) ، سير أعلام النبلاء (١٩/١١٩) ، العبر (٢/٣٦١) ، طبقات السبكى (٥/٣٤٥) ، البداية (١٢/١٦٤) المنتخب من سياق تاريخ نيسابور ورقة (١٣٠/ب) .

(٢) المنتخب (١٣٠/ب) مخطوط .

(٣) طبقات السبكى (٥/٣٣٦) .

(٤) المنتخب (١٣٠/ب) .

الطريق وأسِرُوا .. واستمر أبو المظفر مأسوراً فى أيدى عرب البادية صابراً حتى خلّصه اللّه » .

وقد ذكر هذه الحكاية الذهبى فى السير [1] والسبكى فى الطبقات [2] ونحن نوردها كما جاءت .

قال السبكى : « حَكَى أنه لما دخل البادية وأخذته العرب كان يخرج مع جمالها إلى الرعى قال : ولم أقل لهم إنى أعرف شيئا من العلم ، فاتفق أن مقدم العرب أراد أن يتزوج ، فقالوا لنخرج إلى بعض البلاد ليعقد هذا العقد بعض الفقهاء ، فقال أحد الأُسراء : هذا الرجل الذى يخرج مع جمالكم إلى الصحراء فقيه خراسان ، فاستدعونى وسألونى عن أشياء ، فأجبتُهم وكلّمتُهم بالعربية فخجلوا واعتذروا ، وعقدتُ لهم العقد ، ففرحوا وسألونى أن أقبل منهم شيئاً فامتنعتُ وسألتُهم فحملونى إلى مكة فى وسط السنة وبقيتُ بها مجاوراً وصحبتُ فى تلك المدة سعداً الزنجانى » اهـ .

وفى هذه الرحلة الميمونة المباركة كان يسأل اللّه أن يبيِّن له الحق ليتبعه .

قال الحسين بن أحمد الحاجى : « خرجتُ مع أبى المظفر إلى الحج فكلما دخلنا بلدة نزل على الصوفية وطلب الحديث ، ولم يزل يقول فى دعائه: « اللهم بيِّن لى الحق » ، فلما دخلنا مكة ، نزل على أحمد بن على بن أسد وصحب سعداً الزنجانى حتى صار محدِّثاً » .

ونقل الذهبى عن أبى المظفر السمعانى أيضاً قوله : « كنتُ فى الطواف فوصلتُ إلى الملتزم وإذا برجل قد أخذ بردائى ، فإذا الإمام سعد فتبسمتُ فقال : أما ترى أين أنت ؟ هذا مقام الأنبياء والأولياء ، ثم رفع طرفه إلى

---

(١) سير أعلام النبلاء (١/١١٥) .

(٢) طبقات السبكى (٥/٣٣٧) .

السماء وقال : اللّهم كما سقته إلى أعز مكان ، فأعطه أشرف عز فى كل مكان وزمان ، ثم ضحك إلىّ ، وقال : لا تخالفنى فى سرك ، وارفع يديك معى إلى ربك ، ولا تقولن البتة شيئاً واجمع لى همتك حتى أدعو لك ، وأمِّنْ أنت ، ولا يخالفنى عهدك القديم ، فبكيتُ ، ورفعتُ معه يدى ، وحرك شفتيه وأمّنتُ ، ثم قال : مُرّ فى حفظ اللّه ، فقد أجيب فيه صالح دعاء الأمة ، فمضيتُ وما شئ أبغض إلىّ من مذهب المخالفين » [١] .

وقال عبد الغافر فى تاريخه : « ثم لما عاد من الحج وقفل إلى مرو ، وسمع ولقى المشايخ ، وزار المشاهد ، وأكثر النظر فى الحديث وكتبه ، وقع له أن ينتحل مذهب أهل الحديث ويعتقد رأى المطلبى وترك طريقته التى ناظر عليها أكثر من ثلاثين سنة [٢] .

• رجوعه إلى مرو :

« لما ذهب إلى الحجاز انتقل إلى مذهب الشافعى فى سنة ٤٦٢ هـ ، وأخفى ذلك وما أظهره إلى أن وصل مرو وجرى له فى الأسفار محنٍ ومخاصمات » [٣] .

« ورجع إلى مرو سنة ٤٦٨ هـ وأعلن تحوّله إلى مذهب الشافعى فى دار ولى البلد مَلَكَانك بحضور أئمة الفريقين فى شهر ربيع الأول » [٤] ، فكان هذا الإعلان بداية لمرحلة جديدة فى حياة أبى المظفر فقد تنكّر له وهجره أخو أبو القاسم على السمعانى « وقال : خالفت مذهب الوالد وانتقلت عن مذهبه ، فكتب كتابًا إلى أخيه وقال : ما تركتُ المذهب الذى كان عليه والدى

---

(١) سير أعلام النبلاء (١١٨/١٩) .
(٢) المنتخب ورقه (١٣٠ / ب) .
(٣) الأنساب (٢٩٩/٣) ، اللباب (١٣٨/٢) .
(٤) طبقات السبكى (٣٤٤/٥) .

رحمه اللّه فى الأصول ، بل انتقلتُ عن مذهب القَدرية ، فإن أهل مرو صاروا فى أصول اعتقادهم إلى رأى أهل القدر .... » [1] .

أما أهل مرو لما سمعوا ذلك اضطربوا وتشوّش العامة .

قال عبد الغافر فى تاريخه : « وتحوّل إلى مذهب الشافعى وأظهر ذلك واضطرب أهل مرو فى ذلك وأدى الأمر إلى تشويش العوام » [2] .

وحصلت الخصومة بين المذهبين ، وأغلق باب الجامع الأقدم وترك الشافعية الجمعة إلى أن وردت الكتب من جهة مَلَكَانك من بلخ فى شأنه والتشديد عليه . فخرج من مرو ليلة الجمعة أول ليلة من شهر رمضان سنة ٤٦٨ هـ وصحبه الشيخ الأجل ذو المجدين أبو القاسم الموسوى وطائفة من الأصحاب وجماعة من العلماء والفقهاء وسار إلى طوس ثم قصد نيسابور واستقبله الأصحاب استقبالاً عظيماً حسناً ، وكان فى نوبة نظام الملك وعميد الحضرة أبى سعيد محمد بن منصور وأكرموا مورده وأنزلوه فى عزة وحشمة » [3] .

• جلوسه للوعظ فى نيسابور :

قال عبد الغافر فى تاريخه : « وقام عميد الحضرة بكفايته مع مَنْ معه وعقد له مجلس التذكير ، وكان بحراً فيه حافظاً لكثير من الحكايات والنكت والأشعار ، فظهر له القبول من الخاص والعام وتواترت إليه الفتوح، وكتب نظام الملك فى إكرامه وبعث إليه بالخلع والمركب ، وأخذ هو فى عقد المجلس والمناظرة على رغم المخالفين ، وبالغ فى سماع الحديث .... وأمر

---

(١) الأنساب (٢٩٨/٣) .

(٢) المنتخب ورقة (١٣٠ / ب) ، طبقات السبكى (٣٤٤/٥) .

(٣) انظر : المنتخب ورقة (١٣٠ / ب) ، وطبقات السبكى (٣٤٤/٥) .

بكتب المتفرقات واستحكم أمره فى مذهب الشافعى وأقام مدة بنيسابور [١] .

• تدريسه ووعظه فى مرو :

قال عبد الغافر الفارسى : « وفى سنة ٤٧٩ هـ عاد إلى مرو ، وعقد له المجلس للتذكير والتدريس فى مدرسة أصحاب الشافعى ، وصار من الوجوه والأكبار المعتبرين ، ورفع نظام الملك من حشمته وقدّمه على أقرانه وعلا أمره وظهر له الأولاد والأصحاب » ا هـ [٢] .

قال عبد الغافر : « واتفق له الحضور بعد ذلك إلى نيسابور بعد ما شاب وسمع بقراءآتى الكثير ، وكان راغباً فى ذلك قلّما كان يحضر مجلساً إلا ويأمرنى بالقراءة ، وكان قراءتى أحبُّ إليه من قراءة نفسه » [٣] .

• ذهابه إلى أصبهان :

قال عبد الغافر : « ثم فى الكرة الثانية ذهب إلى أصبهان وكان عندهم فى وفاة نظام الملك ثم عاد إلى مرو ، وكان أمره كل يوم فى العلو إلى أن توفى ... » [٤] .

* * *

• شيوخه :

* سمع بمرو أباه العلامة أبا منصور محمد بن عبد الجبار بن أحمد بن

---

(١) المنتخب ورقة (١٣٠ / ب) .

(٢) المنتخب ورقة (١٣١ / أ) ، طبقات السبكى (٣٤٤/٥) .

(٣) المنتخب ورقة (١٣١ / أ) .

(٤) المنتخب ورقة (١٣١ / أ) .

محمد [١] . وبرع فى مذهب أبى حنيفة على والده ، وبرّز على الأقران [٢]. قال فى المنتخب : « درس على أبيه الفقه وتخرّج فيه » .

* وسمع أبا غانم أحمد بن على بن الحسين الكراعى [٣] ، وهو أكبر شيخ له [٤] ، توفى سنة ٤٤٤ هـ [٥] .

* وسمع أبا بكر محمد بن عبد الصمد الترابى المعروف بابن أبى الهيثم [٦] وطائفة بمرو [٧] .

* عبد الصمد بن المأمون [٨] وطبقته ببغداد .

* أبو حاجب محمد بن إسماعيل بن محمد بن إبراهيم بن كبير الاستراباذى [٩] .

قال ابن السمعانى : « سمع منه جدى الإمام أبو المظفر منصور بن محمد السمعانى » .

---

(١) الأنساب : (٣/٢٩٩) ، سير أعلام النبلاء : (١٩/١١٥) ، طبقات السبكى : (٥/٣٣٥) ، العبر : (٢/٢٩٧ ، ٣٦١) ، شذرات الذهب (٣/٢٨٧) ، اللباب : (٢/١٣٨) .

(٢) سير أعلام النبلاء : (١٩/١١٥) ، العبر : (٢/٣٦١) ، اللباب : (٢/١٣٨) .

(٣) الأنساب : (٣/٢٩٩) ، سير أعلام النبلاء : (١٩/١١٤) ، طبقات السبكى : (٥/٣٣٥) ، العبر : (٢/٣٦١) .

(٤) سير أعلام النبلاء : (١٩/١١٥) .

(٥) العبر فى أخبار من غبر : (٢/٢٨٤) ، شذرات الذهب : (٣/٢٧١) .

(٦) الأنساب : (١/٤٥٤ ، ٣/٢٩٩) ، سير أعلام النبلاء : (١٩/١١٤ ، ١١٥) ، طبقات السبكى : (٥/٣٣٥) .

(٧) سير أعلام النبلاء : (١٩/١١٥) .

(٨) المنتخب من سياق تاريخ نيسابور ورقة (١٣٠ / ب) ، سير أعلام النبلاء : (١٩/١١٥).

(٩) الأنساب : (١/١٣٠ - ١٣١) ، طبقات السبكى : (٥/٣٣٥) .

* أبو صالح المؤذن [1] واسمه « أحمد بن عبد الملك النيسابورى الحافظ » ، وقال عبد الغافر الفارسى فى المنتخب : « وأكثر من أبى صالح المؤذن » ، توفى سنة ٤٧٠ هـ .

* أبو الحسن على بن إبراهيم بن نصرويه بن سنحنام بن هرثمة بن إسحاق ابن عبد الله بن أسكر بن كاكجه العربى الخطيبى السمرقندى من أهل سمرقند، قال ابن السمعانى : « روى عنه جدى الإمام أبو المظفر ... » [2] .

* أبو القاسم سعد بن على بن محمد الزنجانى شيخ الحرم فى عصر كان جليل القدر عالماً زاهداً ، كان الناس يتبركون به حتى قال حاسده لأمير مكة : إن الناس يُقبِّلون يد الزنجانى أكثر مما يُقبِّلون الحجر الأسود ، حدَّث عن جماعة من أهل الشام ومصر » .

قال ابن السمعانى « سَمِعَ منه جدى الإمام أبو المظفر السمعانى [3] بمكة ، توفى سنة ٤٧١ هـ [4] .

* أبو محمد عبد الله بن محمد بن عبد الله بن عمر بن المجمع بن هزارمرد الصريفينى - خطيب صريفين - كان أحد الثقات ، سمع منه أبو بكر الخطيب الحافظ .

---

(١) المنتخب من سياق تاريخ نيسابور ورقة (١٣٠ / ب) ، طبقات السبكى : (٥/ ٣٣٥)، العبر فى أخبار مَنْ غبر : (٣/٣٢٧) ، النجوم الزاهرة : (٥/١٠٦) .

(٢) الأنساب : (٢/٣٨٥) .

(٣) الأنساب : (٣/١٦٨) ، سير أعلام النبلاء : (١٨/٣٨٥ ، ١٩/١١٥) ، طبقات السبكى : (٤/٣٨٣ ، ٣٨٤ ، ٥/٣٣٦) ، العبر : (٢/٣٢٩) ، شذرات الذهب : (٣/ ٣٣٩)، البداية والنهاية : (١٢/١٨٩) ، النجوم الزاهرة : (٥/١٠٧) .

(٤) العبر : (٢/٣٢٩) .

قال ابن السمعانى : « وسمع منه جدى الإمام أبو المظفر .... » [1] ، توفى سنة ٤٦٩ هـ [2] .

* عبد الحميد البحيرى وقد سمع منه مسند أبى عوانة [3] .

* التفليسى « أبو بكر محمد بن إسماعيل بن محمد النيسابورى » [4] ، توفى سنة ٤٨٣ هـ .

وسَمِعَ آخرين غيرهم من المشائخ فى أصبهان ، ونيسابور ، ومصر .

* * *

• تلاميذه :

روى عنه خلق كثير لا يحصون فى كل مصر رحل إليه .. ونحن نذكر البعض فنبدأ بتلاميذه فى الحديث ثم بتلاميذه فى الفقه :

(أ) تلاميذه فى الحديث :

* أبو بكر السمعانى محمد - ابنه - المروزى الحافظ والد الحافظ أبى سعد كان بارعاً فى الحديث ومعرفته والفقه ودقائقه ، والأدب وفنونه ، والتاريخ ، والنسب ، والوعظ ، روى عنه أبيه ، وعن محمد بن أبى عمران الصفَّار ، وأملى الكثير وتقدم على أقرانه [5] ، عاش ثلاثاً وأربعين سنة ، توفى سنة ٥١٠ هـ [6] .

---

(١) الأنساب : (٥٣٧/٣) ، العبر : (٣٢٧/٢) ، طبقات السبكى : (٣٣٦/٥) .

(٢) العبر : (٣٢٧/٢) .

(٣) ذكره فى المنتخب ورقه (١٣٥ / ب) .

(٤) ذكره فى المنتخب ورقة (١٣٠ / ب)، ترجم له فى : العبر : (٣٤٦/٢) .

(٥) الأنساب : (٢٩٩/٣) ، العبر : (٣٩٦/٢) ، شذرات الذهب : (٢٩/٤) .

(٦) العبر : (٣٩٦/٢) .

* أبو العلا على بن على أبو القاسم - ابن أخيه - أقام عنده مدة يدرس الفقه [1] .

* محمد بن محمد بن يوسف بن محمد بن الخليل أبو نصر الفاشانى المروزى [2]

قال ابن السمعانى : « إمام مفتٍ ، أديب ، محدث غزير الفضل ، حسن السيرة ، عفيف ورع ، سمعت منه الكثير » ، توفى فى السابع عشر من المحرم سنة تسع وعشرون وخمسمائة وله خمس وسبعون سنة [2] .

* محمد بن عبد الرحمن بن محمد بن عبد الله بن أبى توبة أبو الفتح الكشمهينى شيخ الصوفية فى مرو ، ولد سنة ٤٦١ - ٤٦٢ هـ ، سَمِعَ من أبى المظفر السمعانى وروى عنه أبو سعد بن السمعانى ، وشريفة بنت أحمد بن على الغازى وغيرهم ، وهو آخر من روى فى الدنيا عن أبى الخير محمد بن أبى عمران (سمع منه صحيح البخارى) ، توفى فى الثالث من جمادى الأولى سنة ثمان وأربعين وخمسمائة [3] .

* أبو العلا عنبس بن محمد بن عنبس بن محمد بن عنبس بن عثمان الشوكانى ، كان شيخاً عالماً قدم مرو وتفقّه على الإمام أبى المظفر السمعانى وسمع منه الحديث » [4] .

---

(١) الأنساب : (٢٩٨/٣) .

(٢) طبقات السبكى : (٣٩١/٦ ، ٣٩٢) ، اللباب : (١٣٨/٢) ، الأنساب للسمعانى : (٢٢٩/٣) ، سير أعلام النبلاء : (١١٥/١٩) .

(٣) طبقات السبكى : (١٢٤/٦ ، ١٢٥) ، شذرات الذهب : (١٥٠/٤) ، العبر : (١٣٣/٤) ، النجوم الزاهرة : (٣٠٥/٥) ، تذكرة الحفاظ : (١٣١٣/٤) .

(٤) الأنساب : (٤٧٠/٣) ، ونسبته إلى شُوكَان : قرية بين سرخس وأبيورد .

* محمد بن سليمان بن الحسن بن عمرو أبو عبد الله الفنديني .

قال ابن السمعاني : كان فقيهًا زاهداً ، ورعاً ، عابداً ، متهجداً تاركاً للتكلف ، تفقّه على الإمام عبد الرحمن الزاز ، وسَمِعَ من أبي المظفر السمعاني ، وروى عنه عبد الرحيم بن السمعاني ، توفي بغندين في عشرين من المحرم سنة ٥٤٤ هـ (١) .

* أحمد بن محمد بن بشار الخرجردي البوشنجي ، أبو بكر ، الإمام العابد ، ولد سنة ٤٦٣ هـ ، تفقّه على أبي المظفر بن السمعاني ، وعلى أبي بكر محمد بن علي الشاسي وسمع الحديث منهما ، توفي بنيسابور يوم الخميس السابع من شهر رمضان سنة ٥٤٣ هـ (٢) .

* إبراهيم بن أحمد بن محمد بن علي بن محمد بن عطاء المروزي ، الإمام أبو إسحاق ، سُمِعَ الحديث الكثير وحدث بالكتب الكبار .

قال ابن السمعاني : سمع بمرو الروذ أبا عبد الله محمد بن محمد بن العلاء البغوي ، وَسَمِعَ أيضاً أبا المظفر بن السمعاني وتفقّه عليه

قال : وكان إمامًا متقنًا مفتيًا مصيباً ، كثير المحفوظ ، توفي سنة ٥٣٦ هـ (٣) .

* عبد الرزاق بن عبد الله بن علي بن إسحاق الطوسي أبو المعالي ، -وقيل : أبو المحاسن - المعروف بالشهاب الوزير ، وزير السلطان سنجر ، ولد سنة تسع وخمسين وأربعمائة بنيسابور ، سَمِعَ من أبي المظفر السمعاني وأبا بكر من خلف الشيرازي ، روى عنه أبو سعد السمعاني ، وتفقّه على

---

(١) طبقات السبكي : (٦/١٠٥ - ١٠٦) .

(٢) طبقات السبكي : (٦/١٠٥) ، الأنساب : (٣/٢٩٩) .

(٣) طبقات السبكي (٧/٣١ - ٣٢) ، اللباب (٢/٢٣٠) ، معجم البلدان (٣/٩١١) ، طبقات ابن هداية الله (ص ٧٦) ، الأنساب (٣/٢٩٩ ، ٥/٢٦٢) .

إمام الحرمين ، توفى بسرخس يوم الخميس التاسع عشر من المحرم سنة ٥١٥ هـ ، وحُمِل إلى نيسابور ، ودُفِن بداره برأس القنطرة [١] .

* عبد الواحد بن محمد بن عبد الجبار بن الواحد الإمام أبو محمد المروزى التوثى - وتوث من قرى مرو - كان من تلاميذ الإمام أبى المظفر السمعانى ، سمع محمد بن الحسن المهربندقشاى وشيخه أبا المظفر وغيره ، وسَمِعَ منه عبد الرحيم بن السمعانى وغيره ، مولده فى حدود سنة ٤٥٠ هـ ، وعُمِّر العمر الطويل ، هلك فى معاقبة الغز فى الخامس من شعبان سنة ٥٤٨ هـ [٢] .

* عمر بن محمد بن على بن أبى نصر أبو حفص السرخسى الشيرزى -وشيرز من أعمال سرخس - ولد سنة ٤٥٠ هـ ، سَمِعَ بمرو أبا المظفر السمعانى وبسرخس أبا الحسن محمد بن محمد بن زيد العلوى ، روى عنه أبو سعد السمعانى ، له كتاب « الإعتصار والإعتصام فى الخلاف والنظر » توفى بمرو فى مستهل رمضان سنة تسع وعشرين وخمسمائة [٣] .

* محمود بن أحمد بن عبد المنعم بن أحمد بن محمود بن مشاده أبو منصور بن أبى نصر ، من أهل أصبهان ومن أعيان العلماء ومشاهير الفضلاء ، تفقّه على أبى بكر الخجندى ، وسَمِعَ من الإمام أبى المظفر السمعانى توفى فجاءة ليلة الجمعة ثانى عشر ربيع الآخر سنة ٥٣٦ هـ [٤] .

---

(١) طبقات السبكى (١٦٨/٧) ، البداية والنهاية (١٨٩/١٢) ، الكامل (٢٥٢/١٠) ، النجوم الزاهرة (٢٢٢/٥) .

(٢) طبقات السبكى (٢٠٥/٧) ، معجم البلدان (٨٨٩/١) .

(٣) طبقات السبكى (٢٥٠/٧ ، ٢٥١) ، الأنساب (٢٩٩/٣ ، ٤٩٦) ، اللباب (٤٠/٢) ، معجم البلدان (٣٥١/٣) .

(٤) طبقات السبكى (٢٨٥/٧) ، اللباب (٣٤٥/١) ، معجم البلدان (١٣٨/٢) ، الأنساب (٢٩٩/٣) .

* منصور بن محمد بن على أبو المظفر الطالقانى ، نزيل مرو ، سَمِعَ من الإمام أبى المظفر بن السمعانى ومن الفضل بن أحمد بن مثويه ، روى عنه الحافظ أبو القاسم بن عساكر ، والحافظ أبو سعد السمعانى ، توفى فى رمضان سنة ٥٢٩ هـ بنواحي أبيورد (١) .

* منصور بن محمد بن منصور بن عبد الله بن أحمد أبو المظفر الغازى ، المروزى ، الواعظ ، من أهل مرو .

قال ابن السمعانى : كان فقيهًا زاهداً ، ورعاً واعظاً ، حسن الوعظ ، عفيفاً ، سَمِعَ جدى أبا المظفر ، توفى فى الرابع والعشرين من شعبان سنة ٥٢٩ هـ (٢) .

* المؤمل بن مسرور بن أبى سهل بن مأمور الشاشى الشيخ الصالح أبو الرجاء الخمركى المأمونى ، من أهل شاش ، سَمِعَ أبا المظفر بن السمعانى وغيره ، توفى سنة ٥١٧ هـ فى مرو ليلة الأربعاء لثلاث بقين من ذى الحجة (٣) .

* محمود بن المظفر بن عبد الملك بن أبى توبة المروزى الوزير الكبير أبو القاسم ، من أهل مرو ، ولد آخر يوم من جمادى الآخرة سنة ٤٦٦ هـ ، سَمِعَ بمرو أبا المظفر بن السمعانى ، وببخارى القاضى أبا اليسر محمد بن محمد بن الحسن البزدوى ، روى عنه أبو سعد ، وقال : مات أو خُنِقَ فى شهر رمضان سنة ٥٣٠ هـ ، ودفن على باب قلعة بانكر (٤) .

---

(١) طبقات السبكى (٧/٣٠٦) .

(٢) طبقات السبكى (٧/٣٠٧) ، سير أعلام النبلاء (١٩/١١٥) وفيه (وأبو نصر الغازى).

(٣) طبقات السبكى (٧/٣١٦ ، ٣١٧) ، الأنساب اللباب (١/٣٨٥) ، معجم البلدان (٢/٤٧٠) .

(٤) طبقات السبكى (٧/٢٩٣ ، ٢٩٤) .

(ب) في الفقه :

* عمر بن محمد بن علي بن أبي نصر أبو حفص السرخسي الشيرازي ، تفقّه على الإمام أبي المظفر السمعاني [(١)] .

* منصور بن محمد بن علي أبو المظفر الطالقاني ، تفقّه على الإمام أبي المظفر السمعاني [(٢)] .

* أحمد بن محمد بن بشار الخرجردي البوشنجي أبو بكر ، تفقّه على الإمام أبي المظفر بن السمعاني ، وعلق عليه الخلاف والأصول وكتب تصانيفه جميعها بخطه [(٣)] .

* محمد بن عبد الرحمن بن محمد بن عبد اللّه بن أبي توبة أبو الفتح الكشميهني ، تفقّه على أبي المظفر بن السمعاني [(٤)] .

* إبراهيم بن أحمد بن محمد بن علي بن محمد بن عطاء المروروذي ، الإمام أبو إسحاق ، كان أحد أئمة المسلمين ، ومن كبار العلماء العاملين تفقّه على الحسن النيهي ، والإمام أبي المظفر السمعاني [(٥)] .

* محمود بن المظفر ، عبد الملك بن أبي توبة المروزي الوزير الكبير أبو القاسم ، من أهل مرو ، تفقّه على أبي المظفر بن السمعاني ثم خرج إلى ما وراء النهر ولقي الأئمة [(٦)] .

---

(١) سبقت ترجمته عند الحديث عن تلاميذه في الحديث .

(٢) سبقت ترجمته عند الحديث عن تلاميذه في الحديث .

(٣) سبقت ترجمته عند الحديث عن تلاميذه في الحديث .

(٤) سبقت ترجمته عند الحديث عن تلاميذه في الحديث .

(٥) سبقت ترجمته عند الحديث عن تلاميذه في الحديث .

(٦) سبقت ترجمته عند الكلام عن تلاميذه في الحديث .

* أسعد بن محمد بن أبى نصر أبو الفتح الميهنى [١] - نسبة إلى مهينة قرية بين سرخس وأبيورد - هو الإمام الكبير النظار ، صاحب الطريقة المتفق على أنه انفرد فى علم الخلاف ، تفقّه على الإمام أبى المظفر السمعانى ، وعلى الموفق الهروى بمرو ، وتفقّه عليه جماعة [١] ، توفى بهمدان سنة ٥٢٠ هـ .

* الجنيد بن محمد بن على القاينى ، الشيخ أبو القاسم بن أبى منصور الفقيه الصوفى ، ولد سنة ٤٦٢ هـ ، تفقّه على الشيخين الإمام أبى المظفر السمعانى ، والشيخ أبى الفرج الزاز ، روى عنه الحافظ أبو سعد بن السمعانى ، والحافظ أبو القاسم بن عساكر ، توفى بهراة ليلة الاثنين ، ودفن من الغد الرابع عشر من شوال سنة ٥٤٧ هـ [٢] .

* عمر بن محمد بن محمد بن موسى الشاشى أبو حفص ، نزيل قاشاف .

قال ابن السمعانى : تفقّه على الإمام أبى المظفر التميمى ، وكان فقيهاً ورعاً ، كثير العبادة ، سَمِعَ بمرو أستاذه أبا الفضل التميمى ، وخلقاً ، توفى فى أول يوم من شهر رمضان سنة ٥٢٧ هـ [٣] .

* منصور بن أحمد بن المفضل بن نصر بن عصام المنهاجى الاسفزارى أبو القاسم .

قال ابن السمعانى : كان فقيهاً متورعاً حسن السيرة ظهر له القبول التام بالجبال ، وبنى بهمذان ونواحيها خانقاهات ، تفقّه بمرو على

---

(١) طبقات السبكى (٤٢/٧ - ٤٣) ، البداية (٢٠٠/١٢ ، ٢٠٥) ، سير أعلام النبلاء (٦٣٣/١٩) ، تذكرة الحفاظ (١٢٨٨/٤) ، شذرات الذهب (٨٠/٤) ، النجوم الزاهرة (٢٥٢/٥ ، ٤٣٠/٢) .

(٢) طبقات السبكى (٥٤/٧ - ٥٦ ، ٢٢٩/٣) .

(٣) طبقات السبكى (٢٥٤/٧) .

الإمام أبى المظفر السمعانى ، وقُتِلَ فتكاً على باب الخانقاة يوم الاثنين وقت الإسفار رابع عشر شوال سنة ٥٠٢ هـ بهمذان (١) .

* محمد بن محمد بن عبد الله بن أبى سهل بن أبى طلحة المروزى الحافظ أبو طاهر السنجى ، المؤذن الخطيب ، ولد بقرية سنج العظمى فى سنة ٤٦٣ هـ ، وسمع الكثير ورحل إلى نيسابور ، وبغداد وأصبهان ، وتفقّه على الإمام أبى المظفر السمعانى ، وعلى أبى الفرج الزاز ، وروى عنه ابن السمعانى ، وولده عبد الرحيم .

قال أبو سعد بن السمعانى : كان من أخص أصحاب والدى فى الحضر والسفر ، وتوفى فى شوال سنة ٥٤٨ هـ (٢) .

* * *

● ثناء العلماء عليه :

قال الإمام أبو على بن الصفار : « إذا ناظرتُ أبا المظفر فكأنى أناظر رجلاً من أئمة التابعين ، مما أرى عليه من آثار الصالحين » (٣) .

ونقل الذهبى عن إمام الحرمين قوله : « لو كان الفقه ثوبًا طاويًا لكان أبو المظفر السمعانى طرازه » (٤) .

وقال أبو سعد – حفيده – : إمام عصره بلا مدافعة ، وعديم النظير فى فنه ، ولا أقدر على أن أصف بعض مناقبه ، وَمَنْ طالع تصانيفه وأنصف عرف محله من العلم ، وكان فقيهاً مناظراً (٥) .

---

(١) طبقات السبكى (٣٠٣/٧ – ٣٠٤) ، اللباب (٤٤/١) ، معجم البلدان (٢٤٨/١) .

(٢) طبقات السبكى (١٨٧/٦ ، ١٨٨) ، الأنساب (٢٢٩/٣) ، شذرات الذهب (١٥٠/٤) ، العبر (١٣٣/٣ ، ١٣٧) ، المنتظم (١٥٥/١٠) ، اللباب (١٣٨/٢) ، سير أعلام النبلاء (١١٥/١٩) .

(٣ ، ٤) سير أعلام النبلاء (١١٨/١٩) ، طبقات السبكى (٣٤٢/٥) .

(٥) الأنساب (٢٩٩/٣) .

قال أبو القاسم ابن إمام الحرمين : « أبو المظفر بن السمعانى شافعى وقته [1] .

وقال عبد الغافر الفارسى : « أبو المظفر وحيد عصره فى وقته فضلاً وطريقة وزهداً وورعاً ، من بيت العلم والزهد » [2] .

* * *

• مؤلفاته :

من الغريب جداً أن المؤلف مكث أكثر من ثلاثين سنة حنفى المذهب يناظر ويسمع ولا يعرف له تأليف إلا بعد أن انتقل إلى مذهب الشافعى .

قال السبكى فى الطبقات : « وجميع مصنفاته على مذهب الشافعى ولم يوجد له شئ على مذهب أبى حنيفة [3] . وهى :

* التفسير (المشهور بتفسير السمعانى) [4] .

قال ابن السمعانى فى الأنساب : « صنَّف التفسير الحسن المليح الذى استحسنه كل مَنْ طالعه ... » اهـ .

* البرهان ، ويشتمل على ألف مسألة خلافية [5] .

* الأوساط فى الخلاف [6] أو الأوسط .

---

(١) طبقات السبكى (٣٤٢/٥) .

(٢) المنتخب ورقة (١٣٠ / ب) ، طبقات السبكى (٣٤٢/٥) .

(٣) طبقات السبكى (٣٤٤/٥) .

(٤) الأنساب (٢٩٩/٣) ، البداية (١٦٤/١٢) ، طبقات السبكى (٣٤٢/٥) ، سير أعلام النبلاء (١١٧/١٩) ، كشف الظنون (٤٤٩/١) ، هدية العارفين (٤٧٣/٢) ، شذرات الذهب (٣٩٣/٣) ، النجوم الزاهرة (١٦٠/٥) ، وقد حقق جزء كبير منه فى الجامعة الإسلامية بالمدينة .

(٥) الأنساب (٢٩٩/٣) ، سير أعلام النبلاء (١١٦/١٩) ، طبقات السبكى (٣٤٢/٥) ، هدية العارفين (٤٧٣/٢) ، البداية (١٦٤/١٢) .

(٦) الأنساب (٢٩٩/٣) ، طبقات السبكى (٣٤٢/٥) .

وأشار إليه فى الإصطلام بالأوساط (١) . فقال « وقد ذكرناه فى الأوساط » .

* التعليق :

ذكره المؤلف فى كتابه الإصطلام بقوله : « وقد ذكرناه فى التعليق »

* منهاج أهل السُنَّة (٢) .

* الإنتصار (٣) بالأثر (٤) .

* الرد على القَدَرية (٥) .

قال ابن السمعانى « صَنَّفَ كتاباً يزيد على العشرين جزءا فى الرد على القدرية » (٦) .

* معجم الشيوخ (٧) .

* الطبقات (٨) .

---

(١) انظر ص ٢٧٩ من الجزء المحقق .

(٢) الأنساب (٣/٢٩٩) ، سير أعلام النبلاء (١٩/١١٧) ، طبقات السبكى (٥/٣٤٢) ، كشف الظنون (٢/١٨٧) ، هدية العارفين (٢/٤٧٣) .

(٣) الأنساب (٣/٢٩٩) ، سير أعلام النبلاء (١٩/١١٧) ، طبقات السبكى (٥/٣٤٢) ، كشف الظنون (١/١٧٣) ، وقال « وهو مختصر على ثلاثة أبواب :

الباب الأول : فى الحث على السُنَّة والجماعة .

والثانى : فى فضل الحديث .

والثالث : فى شجرة العلم ، البداية (١٢/١٦٤) .

(٤) سير أعلام النبلاء (١٩/١١٧) .

(٥) الأنساب (٣/٢٩٩) ، سير أعلام النبلاء (١٩/١١٧) ، طبقات السبكى (٥/٣٤٢) .

(٦) الأنساب (٣/٢٩٨) .

(٧) ذكره فى هدية العارفين (٢/٤٧٣) .

(٨) شذرات الذهب (٣/٣٩٣) .

قال ابن العماد فى شذرات الذهب: « وله الطبقات ، أجاد فيها وأحسن»

* ألف حديث عن مائة شيخ [1] .

قال ابن السمعانى فى الأنساب : « وقد جمع الألف الحسان من مسموعاته عن مائة شيخ له ، عن كل شيخ عشرة أحاديث » .

* القواطع فى أصول الفقه [2] .

قال ابن السمعانى : « وصنَّف فى أصول الفقه القواطع ، وهو يغنى عما صنف فى ذلك الفن » اهـ [3] .

وقال السبكى فى الطبقات : « ولا أعرف فى أصول الفقه أحسن من كتاب القواطع ، ولا أجمع » [4] .

وهو لا زال مخطوطًا برقم ٦٢٧ - فيض اللّه أفندى - تركيا .

وقد سمعتُ قريباً أنه سُجِّلَ فى قسم الأصول فى الجامعة الإسلامية .

* المختصر « الإصطلام » .

الذى سار فى الآفاق والأقطار الملقب « بالإصطلام » ردّ فيه على أبى زيد الدبوسى وأجاب عن الأسرار التى جمعها » [5] .

---

(١) الأنساب (٣/٢٩٩) ، سير أعلام النبلاء (١٩/١١٦) ، شذرات الذهب (٣/٣٩٣) ، كشف الظنون (١/١٥١) ، هدية العارفين (٢/٤٧٣) .

(٢) الأنساب (٣/٢٩٩) ، سير أعلام النبلاء (١٩/١١٧) ، طبقات السبكى (٥/٣٤٢) ، البداية (١٢/١٦٤) ، شذرات الذهب (٣/٣٩٣) ، كشف الظنون (٢/٣٥٧) ، هدية العارفين (٢/٤٧٣) ، النجوم الزاهرة (٥/١٦٠) .

(٣) الأنساب (٣/٢٩٨) . (٤) انظر : الطبقات (٥/٣٤٣) .

(٥) الأنساب (٣/٢٩٩) ، اللباب (٢/١٣٨) ، طبقات السبكى (٥/٣٤٢) ، سير أعلام النبلاء (١٩/١١٦) ، كشف الظنون (١/١٠٧) ، هدية العارفين (٢/٤٧٣) ، البداية (١٢/١٦٤) ، النجوم الزاهرة (٥/١٦٠) .

وهو الذى نُقدِّم له الآن ، وسيخرج كاملاً محققاً إن شاء اللّه ، وهو يشتمل على قرابة ثلاثمائة وثلاثين مسألة فقهية .

وقد اختار السمعانى المسائل التى اشتهر فيها الخلاف بين الشافعية والحنفية ولم يتكلم على كل المسائل التى أوردها الدبوسى فى الأسرار وإنما أختار من كل باب من أبواب الفقه مسائل تكلم عليها .

• سبب تسميته للكتاب بهذا الاسم :

قال فى المقدمة : « وقد سميتُه كتاب الإصطلام لإصطلامه كلام المخالفين لنا ... » [1] .

وكلمة « الإصطلام » فى لسان العرب تعنى الإستئصال ، واصطلم القوم إذا أُبِيدُوا [2] .

فلعله أراد بهذا الكتاب قطع حجج المخالف التى يحتج بها فى هذه المسائل لقوة الأدلة النقلية والعقلية التى يوردها .

• منهجه فى الكتاب :

(أ) - ذكر أقوال الفريقين .

(ب) - ذكر أدلة الشافعية .

(جـ) - ذكر حجة المخالفين لهم من كتبهم وخاصة « الأسرار » ولذلك نجده يقول : « هذا ما استدل به أبو زيد فى أسراره » .

وأحياناً يقول : « قال أبو زيد : ....

---

(١) انظر مقدمة المؤلف (١ / أ) .   (٢) لسان العرب مادة « صلم » .

(د) – الجواب عن هذه الأدلة بأجوبة منقولة ومعقولة فى غاية من المتانة والجزالة .

• إثبات نسبة الكتاب إلى المؤلف :

ذكر المؤلف فى مقدمته اسم الكتاب فقال « وسميتُ الكتاب .. كتاب الإصطلام [1] .

وكل مَنْ ترجم لأبى المظفر السمعانى ذكر هذا الكتاب وأقرب الناس إليه حفيده أبو سعد صاحب كتاب الأنساب قال : « المختصر الذى سار فى الآفاق والأقطار الملقب بالإصطلام » [2] . وذكره الذهبى فى السير [3] والعبر [4] . وذكره السبكى فى الطبقات [5] ونقل مقدمته وقد أشرت إلى ذلك فى المقدمة ، ونقل عنه أيضا مسألة من مسائل البيوع ، ونقل ابن حجر فى الفتح نصوصاً منه [6] .

وذكره فى كشف الظنون [7] .

وذكره ابن كثير فى البداية [8] .

وذكره ابن الأثير فى اللباب [9] .

وذكره صاحب هدية العارفين [10] .

---

(١) انظر مقدمة الكتاب (١ / أ) .

(٢) الأنساب (٢٩٩/٣) .

(٣) سير أعلام النبلاء (١١٦/١٩) .

(٤) العبر (٣٦١/٢) .

(٥) طبقات السبكى (٣٤٢/٥ ، ٣٤٥) .

(٦) فتح البارى (٢٩٨/١ ، ٣٣٤/١٢) .

(٧) كشف الظنون (١٠٧/١) .

(٨) البداية (١٦٤/١٢) .

(٩) اللباب (١٣٨/٢) .

(١٠) هدية العارفين (٤٧٣/٢) .

وذكره رمضان ششن فى نوادر المخطوطات [٢] .

• مصادر المؤلف فى الكتاب :

اعتمد المؤلف فى كتابه هذا على كتب الأحكام المختلفة بعد أن اعتمد على كتاب الأسرار لأبى زيد باعتبار أن الكتاب وضع لمعارضته لذلك ذكره فى القسم المحقق أكثر من ثلاثين موضعاً .

كما اعتمد على الصحيحين فى النقل وقد أشار إليهما فيقول روى البخارى فى صحيحه ، وربما قال : وروى مسلم فى صحيحه .

وكذلك اعتمد على كثير من كتب السنن مثل سنن الدارقطنى وسنن الترمذى ، وسنن أبى داود ، والموطأ للإمام مالك ، وعلل الحديث لابن أبى حاتم .

ولو ذهبنا للحصر بالصفحات لطال الفصل . ولكن اكتفينا بالإشارة إلى ذلك هنا ، وفى القسم المحقق أشرنا إلى النقل بالجزء والصفحة .

• وصف المخطوطة :

اعتمدتُ على نسخة فريدة كتب فى آخرها : « فرغتُ من تحريره يوم السبت الرابع عشر من ذى القعدة سنة ٥١٩ هـ » . وعدد أوراق المخطوطة كاملة ٣٤٩ ورقة أى ٦٧٨ صفحة - فى كل صفحة ثلاثة وثلاثين سطراً فى كل سطر ثمانِ عشرة كلمة . وهى مقسمة إلى أربعة أرباع :

القسم الأول : ربُع العبادات وينتهى بكتاب الحج .

---

(٢) نوادر المخطوطات لرمضان ششن (٢/٩٤) ، معجم المؤلفين (١٣/٢٠) .

القسم الثانى : رُبع المعاملات ، ويبدأ بكتاب البيوع .

القسم الثالث : رُبع المناكحات ، ويبدأ بكتاب النكاح .

القسم الرابع : رُبع الجنايات .

ومصدرها السليمانية (جارالله) استانبول رقم ٥٨٢ وعليها أختام وتمليكات بعضها سنة ٨٩٥ هـ ، وبعضها سنة ١١٤٣ هـ وبعضها غير واضحة .

أما الجزء المحقق الآن فهو ست وثلاثون ورقة أىّ ٧٢ صفحة - يشتمل على كتاب الطهارة والصلاة .

وقد كتب تاريخ نسخ هذا الجزء بعد نهاية الحج ، فقال الناسخ « تم ربع العبادات بعون من الله وحسن توفيقه فى شوال سنة ٥١٢ هـ » .

والجدير بالذكر توجد نسخة أُخرى للكتاب ولكنها تبدأ بكتاب النكاح إلى آخر الكتاب وعدد أوراقها (٢٤٧) ورقة ولم يُكتب عليها تاريخ النسخ ومصدرها المكتبة الأزهرية ورقمها (١٩٦٣) رواق المغاربة .

وكُتب عليها « الجزء الثانى من كتاب الإصطلام فى الخلاف بين الإمامين الشافعى وأبى حنيفة رضى الله عنهما ، تأليف الشيخ الإمام أبى المظفر منصور بن محمد السمعانى الشافعى رحمه الله فيه ربع النكاح وربُع الجراح عدد مسائله مائة وأربعون مسألة » .

• منهج التحقيق :

وقد سلكتُ فى تحقيق هذا الكتاب الخطوات التالية :

١ - عزو الأقوال التى أوردها المؤلف إلى مصادرها الأصلية .

٢ - تخريج الأحاديث الواردة فى المخطوطة .

٣ - عزو الآيات إلى سورها وذلك بذكر رقم الآية واسم السورة .

٤ - أضفتُ فى كثير من المسائل قول الإمام مالك والإمام أحمد .

٥ - حاولتُ تصحيح النص وإخراجه على أقرب صورة وضعه عليها المؤلف رغم أن نسخة الكتاب فريدة وذلك بالرجوع إلى المصادر التى ذكرها المؤلف وقد أشرتُ إلى هذه المصادر فيما سبق .

• وضعت فهارس عامة للكتاب تشتمل على :

(أ) - فهارس للآيات .

(ب) - فهرس للأحاديث .

(جـ) - فهرس للأعلام الوارد ذكرهم فى النص .

(د) - فهرس لمسائل الكتاب .

(و) - فهرس للمراجع والمصادر .

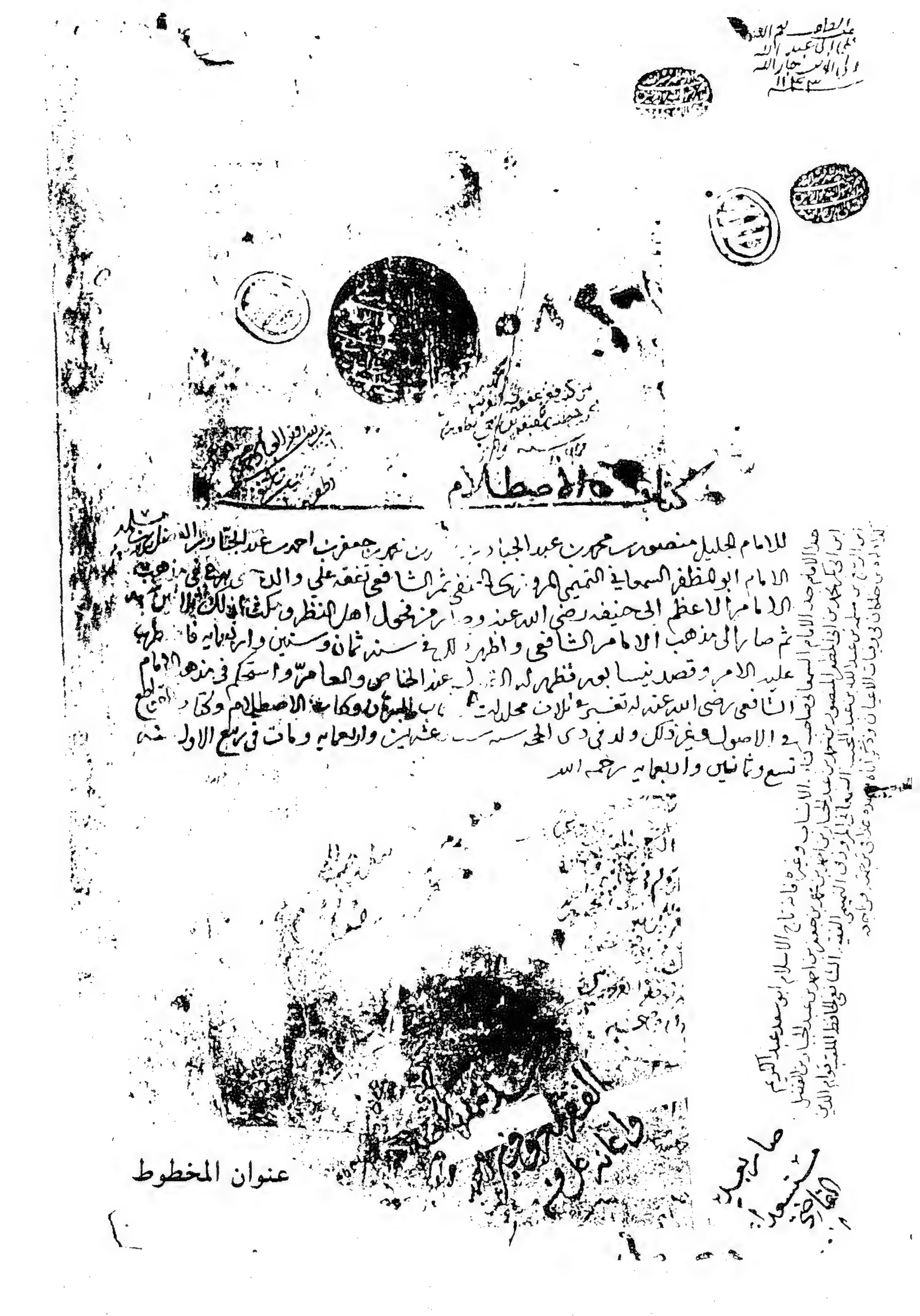
هذا وأرى أنى قد بذلتُ ما استطعته من جهدٍ فى تصحيح النص ، فإن يكن ذلك فالحمد لله ، وإن تكن الأخرى فإن عمل الإنسان عرضة للخطأ .

واسأل الله أن يعصمنا من الزلل ، وأن يختم بالصالحات أعمالنا .. وصلى الله وسلم على محمد وآله وصحبه أجمعين .

وآخر دعوانا : أن الحمد لله رب العالمين .

المحقق

* * *



كتاب الاصطلام

للامام الجليل منصور بن محمد بن عبد الجبار [illegible] بن جعفر بن احمد بن عبد الجبار بن الفضل [illegible]

الامام ابو المظفر السمعاني التميمي المروزي الحنفي ثم الشافعي تفقه على والده [illegible] في مذهب

الامام الاعظم ابي حنيفة رضي الله عنه [illegible] من فحول اهل النظر [illegible]

ثم صار الى مذهب الامام الشافعي واظهر ذلك في سنة ثمان وستين واربعمائة فاضطرب

عليه الامر وقصد نيسابور [illegible] عند الخاص والعام واستحكم في مذهب الامام

الشافعي رضي الله عنه له تفسير ثلاث مجلدات [illegible] البرهان وكتاب الاصطلام وكتاب القواطع

في الاصول وغير ذلك ولد في ذي الحجة سنة ست وعشرين واربعمائة ومات في ربيع الاول سنة

تسع وثمانين واربعمائة رحمه الله

عنوان المخطوط

بسم الله الرحمن الرحيم

قال الشيخ الامام شيخ الاسلام قدس الله روحه ونور ضريحه بالله استعين اياه احمد
وعليه اتوكل ومنه استهدي وبه الوثوق وفيه الجاهد له الفضل والثناء ابتداء وله الصفات العلى
والاسماء الحسنى اللهم كن لنا ولا تكن علينا واعذنا من هواجس انفسنا ومضلات ارائنا وخواطرنا
واهدنا بلطفك العزيز واقبل علينا بوجهك الكريم اللهم اجعل صدري خزانة توحيدك ولساني
مفتاح تمجيدك وجوارحي في خدمة طاعتك فانه لا عز الا في الذل لك ولا غنى الا في الفقر اليك ولا
امن الا في الخوف منك ولا قرار الا في القلق نحوك ولا روح الا في الكرب لوجهك ولا راحة الا في الرضا
بقسمتك ولا عيش الا في جوار المقربين عندك اللهم واجعل سعينا فيما نتقرب اليك وكدنا فيما يوجب
رضاك وقد برئنا من حولنا وقوتنا الى حولك وقوتك واهدنا الى الرشد فلا رشد ولا توفيق
فلا توفيق الا لطف فلا لطف الا منك اللهم وصل ما كان يدني الى رسولك وصفيك وخيرتك من خلقك
من الصلوات افضلها وازكاها واتمها وانماها واعدلها واوفاها واجعلها وسيلة لنا الى نيل شفاعته
والوصول الى كريم رحمته انك انت الجواد المنان والرحيم الرءوف اما بعد فقد سبق مني
كتاب جمعته من الخلافيات سميته البرهان ولعمري فيه غاية ما رمته على ما اقول من اقامة الدلائل و
ايضاح البراهين وازاحة الشبهات وكشف المعاني غير ان الكتاب طال جدا فاني لم اكن شرعت فيه
شروع طالب للاختصار والايجاز بل قصدت فيه قصد الاستيفاء والاستقصاء واردت ان يكون ذا عدة
المدرسين لا عمدة الحافظ لهم وحرز طالبي العلم في المسائل وتردد القول في شرحها وسكها احد الا
مع المخالفين ومذاكرة مع الاصحاب وعرضهما على فكري مرة بعد اخرى وكرة بعد اولى عرضت
في خلال ذلك طرق مستبينة ومعاني محكمة واسرار غريبة ونكت عجيبة ورايت عجز المعترضين دونها
وتمايل المخالفين عنها وتعظم المتفقهين عند حاجتها فعند ذلك رايت ان اسعى في مجموع اخصر
للاصحاب خاصة ولكل من طلبه عامة بسعي من طلب لمن خب الفقه فيه بنات صدري واجمع له كدي
وجدي وابلغ فيه الغاية جهدي واجعله ريع عمري وثمرة فكري وقصدت فيه قصد الايجاز و
الاختصار وهو كتاب لم يطل ذلك الطول المفرط الذي يسام منه الناظر ولم يقصر قصور المخل
عن بلوغ المراد واعتنيت في المسائل التي اعملت على تحويل النظار زيادة اعتناء وكشفت عن حقائقها
زيادة كشف ونصصت على المعاني التي يمكن الاعتماد عليها ونبهت على كثير من مجازفات المتفقهة
ودعاويهم وتشبثهم بطرق حسنها الاوائل [illegible] وغفلتهم عن معاني حقيقة القبول والاتباع وذكرت حجج
المخالفين باتم لفظ واوجز معنى واثبت [illegible] الائمة منهم في الوقت ولم اشتغل بالتشنيعات من
كلام مشايخهم الا شيئا لا بد من ايرادها او الانفصال عنها وسميت الكتاب كتاب الاصطلام
لاصطلامه كلام المخالفين وانا لا نطرح كثيرا من كلام مشايخنا المتقدمين توهينا وضعفا
وعندي ان من نظر في هذا الكتاب نظر متامل غائص في معانيه فهم حقايقه معرضا عن طريقة
التعصب والتقليد [illegible] كتاب [illegible] هذا الفن للمتقدمين والمتاخرين في صورة المطرح المستغنى
عنه ان يشكر سعيي ونصبي فيه ويعرف حق قيامي بعبابه ويمدني بالدعا
والله تعالى يعصمنا من الاعجاب بالقول ويرشدنا الى الاصوب والاهدى

بداية المخطوط (الورقة الأولى)

واما قولهم ان الميت محل الحل والحرمة في اللمس وليس كذلك وقد خرج بالموت عن محلية مثل هذه الاشيا وانما حل الغسل لضرورة ولولا الضرورة لم يحل والنكاح عقد استحلال فاذا لم يكن الميت محلا للحل الحال لم يتصور بقا النكاح المعقود للحل

الجواب ان قولهم ان النكاح ارتفع بموتها قلنا وقد ارتفع بموته كما ان الموت نافي محلية النكاح منكوحا بنافي محلية النكاح ناكحا ولا يتصور ولا يعقل ميت ناكح فلم يعقل ايضا بقا النكاح له بعد موته واما العدة فتعبد شرعي وجب لاظهار حرمة نكاح سبق عقده مثل الشهادة تعبد شرعي وجب لاظهار حرمة نكاح عقده فان قالوا الحنا الغسل بنفس العدة وهي علقة عظيمة ولانها وجبت بالنكاح السابق ولم يوجد هذه العلقة اذا مات قلنا اذا طلقها ثلاثا في المرض ومات عقيبه وهي في العدة لا يطلق لها الغسل والعدة موجودة ثم انه ان العدة عندهم حق النكاح سواكانت واجبة من طلاق او وفاة والتمسك بخطاب الزوج في بداية القوة واما المعنى الذي بنياه فهو صحيح ايضا يمكن الاعتماد عليه وقولهم انه ليس بمحل للحل ولنا قد بينا المحلية وقولهم انه جاز للضرورة ولنا شرع الغسل لا يقال له ضرورة انما يقال بقا حل لاقامة شرع وبقا الحل لاقامة الشرع لا يسمى ضرورة مثل الحل في حال النكاح لا يقال ضرورة لاجل الوطي وعلى هذا نقول ان النكاح اما ان يحكم ببقائه حكما في هذا الحكم الخاص بدليل قام عليه او نقول ان النكاح قد ارتفع ولكن علق اثبات هذا الحكم بعد الموت لانه لا يوجد الا بعد الموت كما علق اثبات الارث بعد الموت لانه لا يوجد الا بعد الموت وهذا كلام معتمد فليعمل به والله تعالى اعلم بالصواب هـ

كتاب الزكوة

مسئلة اذا زادت الابل على مائة وعشرين استقر الواجب على الحقاق وبنات اللبون واستقرت النصب على الخمسينات والاربعينات وهذا مذهب اكثر اهل العلم غير ان الشافعي رضي الله عنه قال اذا زادت الابل على مائة وعشرين واحدة يجب ثلث بنات لبون ثم الامر من بعد على ما قلنا وعندهم يستانف الواجب بعد المائة والعشرين ويجب الاغنام وبنت المخاض لنا الاخبار الثابتة برواية انس بن مالك عن ابي بكر الصديق رضي الله عنه وبرواية الزهري عن سالم عن ابيه ان النبي عليه السلم ذكر في كتاب الصدقة الذي كتبه فاذا زادت الابل على مائة وعشرين ففي كل خمسين حقة وفي كل اربعين بنت لبون والكتاب يشتمل على اشيا كثيرة من باب الزكوة ذكره تمامه ابو داود وغيره ثم ان الاستدلال في هذه المسئلة بهذا القدر وكان صلى الله عليه ختم عليه وقرنه بقراب سيفه وعمل بذلك بعده ابو بكر وعمر رضي الله عنهما وروى ابن المبارك عن يونس عن الزهري ان سالم بن عبد الله بن عمر قرا الكتاب الذي كتبه رسول الله صلى الله عليه لابي بكر في الصدقات وفيه فاذا زادت الابل على مائة وعشرين واحدة ففيها ثلث بنات لبون ولا يحتج لهم تاويل لهذه الاخبار اصلا وقد تعلقوا اشيا بعيدة اعرضنا عنها لبعدها فان صح رواي موضع يجب في كل خمسين حقة وفي الاربعين بنت لبون وذلك في مائة وسبعين قالوا وقد قلنا بالخبر الاول في هذا الموضع يقال لهم انتم لا تقولون بهذا الخبر بحال لان عندكم لا يجب الحقة في الخمسين بحال ولا بنت اللبون في الاربعين فانكم تقولون ان الاربعين الحقة في ستة واربعين وبنت اللبون في ستة وثلثين على حسب ما كان في الابتدا فقد تركتم القول بهذه الاخبار جملة من غير دليل وانما تعلقوا من جهة الخبر بما روي انه كان في صحيفة عمرو بن حزم الذي كتبها له رسول الله صلى الله عليه في فرايض الزكوة وما زادت الابل على مائة وعشرين ففي كل خمسين حقة وفي كل اربعين بنت لبون فما فضل بعد ذلك يعاد الى اول فريضة الابل فما كان

آخر ورقة من كتاب الصلاة



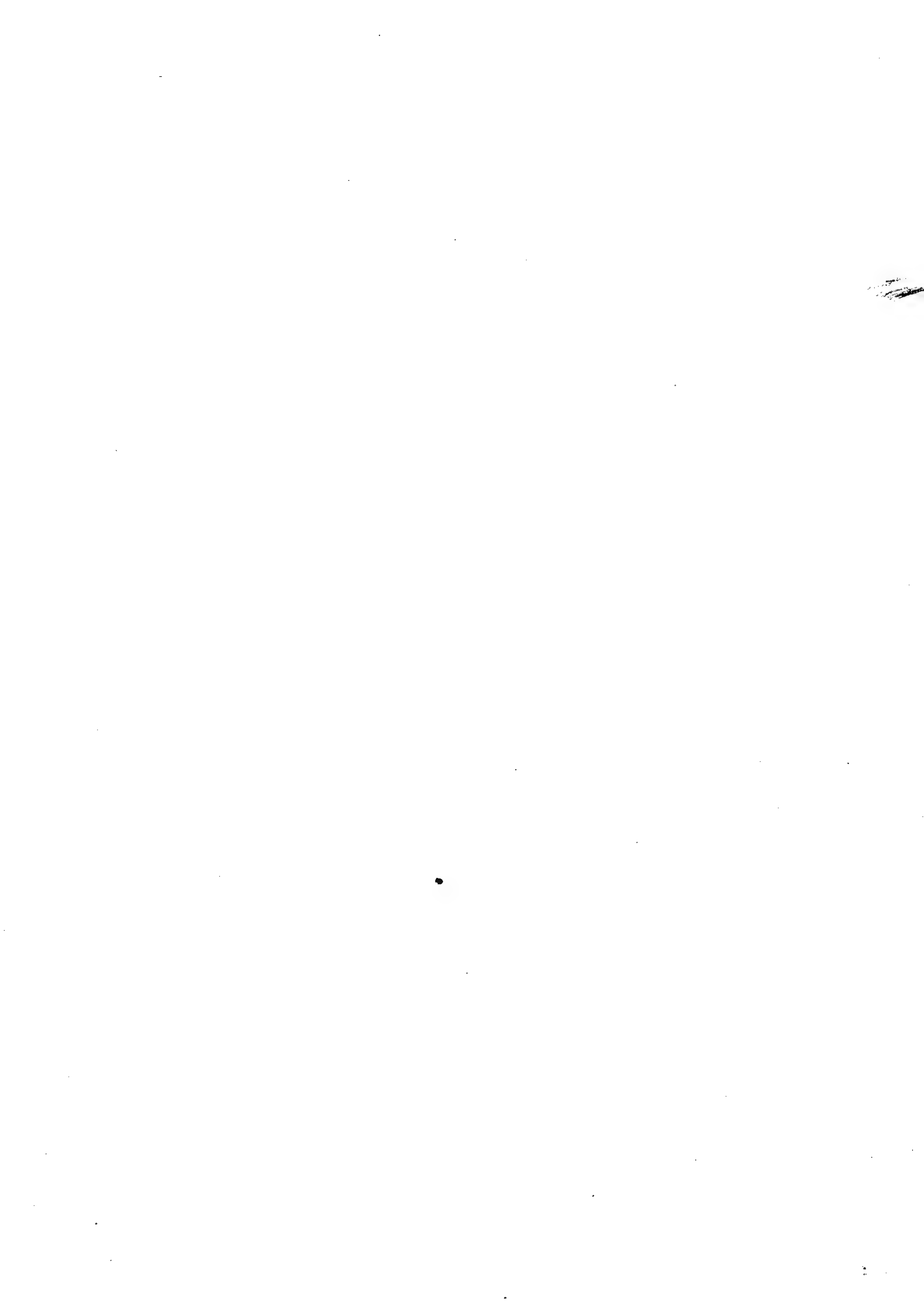
الاصطلام

في الخلاف بين الامامين الشافعي وأبي حنيفة
رحمهما الله

لأبى المظفر منصور بن محمد بن عبد الجبار السمعانى
التميمي المروزي المتوفى سنة ٤٨٩ هـ

تحقيق
الدكتور / نايف بن نافع العمري

دار المنار



بسم اللّه الرحمن الرحيم

١/ب / قال الشيخ الإمام شيخ الإسلام قدّس اللّه روحه ونوّر ضريحه : باللّه أستعين ، وإياه أحمد ، وعليه أتوكل ، ومنه استهدى ، وبه ألوذ ، وفيه أجاهد ، له الفضل والثناء الأسنى ، وله الصفات العلى والأسماء الحسنى، اللّهم كن لنا ولا تكن علينا ، وأعذنا من هواجس أنفسنا ، ومضلات آرائنا وخواطرنا ، وأمدنا بلطفك العزيز ، وأقبل علينا بوجهك الكريم (اللهم اجعل صدرى خزانة توحيدك ، ولسانى مفتاح تمجيدك ، وجوارحى فى حرم طاعتك ، فإنه لا عز إلا فى الذل لك ، ولا غنى إلا فى الفقر إليك ، ولا أمن إلا فى الخوف منك ، ولا قرار إلا فى القلق نحوك ، ولا روح إلا فى الكرب [١] لوجهك ، ولا راحة إلا فى الرضا بقسمتك ، ولا عيش إلا فى جوار المقربين عندك) [٢] ، اللهم اجعل سعينا فيما يقرب إليك ، وكدنا فيما يوجب رضاك ، وقُدْ بزمامنا من حولنا وقوتنا إلى حولك وقوتك، واهدنا الأرشد والأوفق فالأوفق والألطف فالألطف .

اللّهم ونسألك أن تهدى إلى رسولك وصفيك وخيرتك من خلقك من الصلوات أفضلها وأزكاها ، وأتمها ، وأنماها وأعدلها وأوفاها ، واجعلها وسيلة لنا إلى نيل شفاعته والوصول إلى كريم وجهه ، إنك أنت الجواد المنان والرحيم الرؤوف .

---

(١) كذا فى المخطوط ، وفى طبقات السبكى نقلا عنه : « النظر » وهو أقرب .

(٢) ما بين القوسين من طبقات السبكى نقلا عن الاصطلام . انظر : الطبقات : ٣٤٥/٥

أما بعد :

فقد سبق منى كتاب جمعتُه من الخلافيات سميته « البرهان » وبلغتُ فيه غاية ما رمتُه على ما اتفق لى من إقامة الدلائل وإيضاح البراهين وإزاحة الشبهات وكشف المعانى غير أن الكتاب طال جداً ، فإنى لم أكن شرعتُ فيه شروع طالب للاختصار والإيجاز بل قصدتُ فيه قصد الإستيفاء والإستقصاء وأردتُ أن يكون ذلك عمدة المدرس لا عدة الحافظ ، نعم ، وحين طال بى المراس فى المسائل ، وتردد القول فى سبرها وسبكها جدالاً مع المخالفين ومذاكرة مع الأصحاب ، وعرضتُها على فكرى مرة بعد أخرى وكرة بعد أولى ، عرضتُ فى خلال ذلك طرق متينة ومعانى محكمة وأسرار عجيبة ونكت معجبة ، ورأيتُ عجز المعترضين دونها وتضأل المخالفين عندها ، وتعظم المتدافعين عند جنابها فعند ذلك رأيتُ أن أسعى فى مجموع آخر للأصحاب خاصة ، ولكل مَنْ طلبه عامة سعى مَنْ طبّ لمن حبّ، ألفتُ فيه بنات صدرى وأجمع له كدى وجدى وأبلغ فيه الغاية بجهدى وأجعله زبدة عمرى ونهاية فكرى ، وقصدتُ فيه قصد الإيجاز والإختصار وهو كتاب لم يطل ذلك الطول المفرط الذى يسأم منه الناظر ولم يقصر قصور العجز عن بلوغ المراد ، واعتنيتُ فى المسائل التى أعضلت على فحول النظار زيادة اعتناء ، وكشفتُ عن حقائقها زيادة كشف .

ونصصتُ على المعانى التى يمكن الإعتماد عليها ، ونبهتُ على كثير من مجازفات المتفقهة وتجوزاتهم وتمسكهم بطرق حقها الإطراح ، وغفلتهم عن معانى حقها القبول والإتباع ، وذكرت حجج المخالفين بأتم لفظ وأوجز معنى ، وأثبت بما يعتمد الأئمة منهم فى الوقت ، ولم أشتغل بالمستسقط من كلام مشايخهم إلا أشياء لا بد من إيرادها والإنفصال عنها ، وسميت الكتاب « كتاب الإصطلام » لإصلامه كلام المخالفين لنا ابتلاءً ولإطراحه

كثير من كلام مشايخنا المتقدمين توهيناً وضعفاً ، وعندى أن مَنْ نظر فى هذا الكتاب نظر بتأملٍ غائص فى معانيه فهم لحقائقه معرضٍ عن طريقة التعصب والتقليد رأى كل كتاب صورة [1] فى هذا الفن للمتقدمين والمتأخرين فى صورة المطرح المستغنى ..... [2] أن يشكر سعيي وتعبى فيه ، ويعرف حق قيامى بأعبائه ويمدنى بالدعاء ..... [3] ، والله تعالى يعصم من الإعجاب بالقول ويرشد إلى الأصوب والأهدى / من الأمور بمنّه وفضله وعميم طوله . ٢ / أ

* * *

(١) في المخطوطة كلمة غير مقرؤة .

(٢ ، ٣) بياض في كلا الموضعين .

كتاب الطهارة *

(مسألة)

لا يجوز إزالة النجاسة بمائع سوى الماء عندنا [١] ، وهذا قول محمد ، وزفر من أصحابهم [٢] .

وعند أبى حنيفة ،وأبى يوسف يجوز [٣] .

لنا :

إن الماء طهور شرعاً لا لمعنى ، فلو ألحق به غيره فى الطهورية كان لمعنى ، فإذا كان ثبوته لا لمعنى امتنع إلحاق غيره به .

والدليل على أن الماء طهور لا لمعنى ، الحكم والحقيقة :

أما الحكم فلأن طهورية الماء فى الحدث لا لمعنى كذلك فى النجاسة ، وهذا لأن عمل هذا الوصف بنفى محلين ، فإذا لم يكن لمعنى فى أحد المحلين فكذلك فى الآخر .

---

* زيادة من المحقق يقتضيها المقام .

(١) النكت للشيرازى : ٣ / ب مخطوط ، المجموع : ١٤٣/١ ، المهذب ١٤/١ ، حلية العلماء : ٦٠/١ ، وهو قول المالكية والحنابلة ، الإشراف للبغدادى : ٣/١ ، المغنى : ١٦/١ ، الإفصاح ٦٠/١ ، الإستذكار : ٢١٦/١ .

(٢) بدائع الصنائع : ٢٦٥/١ ، الطريقة الحصيرية : ١/ أ ، الإسرار لأبى زيد الدبوسى: ٦٦/ب شهيد على .

(٣) انظر : رؤوس المسائل للزمخشرى ص ٩٣ ، بدائع الصنائع : ٢٦٥/١ ، الطريقة الحصيرية: ١ / أ مخطوط ، الإسرار لأبى زيد : ٦٦ / ب ، تأسيس النظر للدبوسى ص ١٣٢ .

وأما الحقيقة فلأنه لو كان معلولاً كان معلولا بعلة الإزالة ، وهذا لا يجوز ، لأن معنى الطهور هو الطاهر فى نفسه المطهر لغيره [(١)] ، وصفة تطهيره لغيره إنّما توجد عند إتصاله بذلك الغير ، كقولنا : ضارب للغير وشاتم للغير ومكلم للغير ، إنما يوصف بهذا عند اتصال شتمه وضربه بالغير، وإذا اتصل بالمحل النجس امتزج بالنجس ، والماء الممتزج بالنجس نجس ، ومالا يكون طاهراً فى نفسه لا يكون مطهراً لغيره فدل تعليل الطهورية به بالإزالة باطل ، فبقى أنه طهور شرعاً لا لمعنى ، وبطل إلحاق سائر المائعات به .

فإن قالوا : إذا قلتم إن الماء بامتزاجه بالنجس يصير نجسًا فكيف يزيل النجاسة ؟ وبالإجماع إنه يزيل النجاسة عند استعماله فى المحل غسلا .

قلنا : إنما يزيل النجاسة شرعاً لا لمعنى الإزالة ، وعلى هذا إن عندنا يبقى الماء طهوراً بعد وروده على النجاسة لضرورة ثبوت صفة الطهورية له .

والحرف أن الطهورية منصوص عليها للماء ووقت ظهور الطهورية عند غسل المحل النجس فبقيت هذه الصفة للماء وإن امتزج بالنجس ليحصل العمل بالنص ولا يتعطل ، ولم يكن لمعنى حتى يُلْحق غيره به .

وهذا لأن الضرورة ارتفعت بالماء فبقى غيره على أصل ما عقلنا من المعنى وهو أن المائع الوارد امتزج بالنجس وتنجس وإزالة النجاسة بالنجس غير معقول ، ولأن غير الماء ليس فى معنى الماء حتى يلحق به ، لأن الماء خلق ليكون طهوراً ، وقد ورد الإنزال بمعنى الخلق فى القرآن مثل قوله تعالى : ﴿ وأنزلنا الحديد فيه بأس شديد ﴾ [(٢)] .

ومثل قوله : ﴿ وأنزل لكم من الأنعام ثمانية أزواج ﴾ [(٣)] .

---

(١) المصباح المنير مادة « طهر » نقلا عن ثعلب .

(٢) سورة الحديد : آية (٢٥) . (٣) سورة الزمر : آية (٦) .

وغير الماء من المائعات لم يخلق ليكون طهوراً .

ولهذا يكره استعمال ماء الورد والخل فى إزالة النجاسة [1] ، ويعد سَفَهاً وتضيعاً للمال ، ولأن الماء يسهل وجوده ويعم اصابته وللناس بلوى فى طهارة الأحداث والأنجاس فشرع إزالة ما يعم به البلوى بما يسهل وجوده تسهيلاً للأمر على الناس وتيسيراً ، ومعنى سهولة الوجود وعموم الإصابة لا يوجد فى سائر المائعات ، وإذا كان غير الماء يخالف الماء فى هذين المعنيين المؤثرين لم يجز إلحاقه به .

وأما حجتهم :

قالوا : أجمعنا على أن الماء طهور والطهور هو الطاهر بنفسه المطهر لغيره ، والتعليل واجب ما أمكن [2] ، لأن القياس دليل اللّه وأمر اللّه يتصل بإظهار دليل اللّه ليبنى عليه حكم اللّه ، ثم الدليل على أن التعليل فى مسألتنا واجب ممكن أن إمكان التعليل بإظهار علة مؤثرة وهو موجود فى مسألتنا ، وذلك بالتعليل بالإزالة ، والدليل على أن الطهورية معللة بالإزالة أن ما لم يوجد الإزالة لا يطهر بطهارة المحل ، ولو لم يكن العلة هى الإزالة كان ينبغى أن يكفى مجرد استعمال الطهور .

يدل عليه أن استعمال الطهور غسلاً فى هذا المحل مفيد طهارة المحل فلا يخلو إما أن يكون إفادته طهارة المحل بتبديله النجس طاهراً أو بإزالته النجاسة ، ولا يجوز الأول ، لأن استعمال الماء لا يتبدل النجس طاهراً [3] فدل أن طاهرت المحل بإزالته النجاسة عن المحل .

---

(١) المغنى : ١/ ٢٠.

(٢) الإسرار لأبى زيد : ٦٧ / أ شهيد على .

(٣) الإسرار لأبى زيد : ٦٧ / أ شهيد على .

والدليل على التأثير أن نجاسة المحل لما كانت هى النجس الذى حله فلا بد أن يكون زواله مخيلاً فى إفادة الطهارة.

وقالوا : ولا يجوز أن يقال إن النجاسة إن زالت حقيقة بقيت حكماً ، لأن الحكم مع الحقيقة ، فإذا زالت حقيقة زالت حكماً ، فمن قال بزوالها حقيقة وبقائها حكماً فعليه / إقامة دليل قادح فى ذلك وإلا فَسَدَ مجرد الدعوى. ٢ / ب قالوا : وأما الذى قلتم إن الماء يتنجس بأول الملاقاة . قال : ليس كذلك ، لأن الطهورية صفة ثابتة للماء فى الأصل بالنص [(١)] .

ومعنى قولنا : إنها صفة ثابتة له فى الأصل بالنص ، أنها ثابتة قبل الإستعمال والدليل على ثبوتها له قبل الإستعمال أنه يوصف بها قبل الإستعمال ، ولو كانت صفة ضرورية لا صفة أصلية لم يوصف بها قبل الإستعمال كالحليّة للميتة [(٢)] لما كانت صفة ضرورية لم يوصف بها قبل الأكل .

وقولكم « إن المطهر للغير إنما يكون عند اتصاله بالغير » .

قال [(٣)] : هذا فى الحسيات فأما الطهورية صفة حكمية فيجوز أن يوصف بها وإن لم يتصل بالغير ، وإذا ثبت أن الطهورية صفة أصلية ، وهى معللة بالإزالة بقيت هذه الصفة للماء عند الإزالة ليظهر عمله ، وأعرض عن الإمتزاج الحاصل ثم إذا انفصل عن الثوب حكم بنجاسة الغسالة مثل ما يحكم للماء بالإستعمال عند الإنفصال عن العضو ، ولا يحكم له بذلك قبل الإنفصال ، كذلك هاهنا .

---

(١) الإسرار لأبى زيد : ٦٧ / أ شهيد على .

(٢) الإسرار لأبى زيد : ٦٧ / ب شهيد على .

(٣) يعنى أبا زيد الدبوسى فى الإسرار .

يدل عليه أنه لو كانت الطهورية بالضرورة وجب أن يكون بقدر الضرورة، والضرورة تزول بالماء الجارى ، والماء العذب ، فينبغى ألا تثبت هذه الصفة للماء الراكد والماء الأجاج ، وحين تثبت لجميع أنواع المياه عرفنا أنها غير ثابتة ضرورة (١) .

قالوا : وأما طهارة الحدث فغير معللة بالإزالة ، لأنه ليس هناك عين تزال إنما هى حكم بلا عين .

فإن قلتم : فيبطل إذاً تعليلكم للطهورية بالإزالة .

قال : لا يبطل ، لأن الحكم إذا ثبت فى محل النص وعلّل وعدّى الحكم إلى فرع فالحكم فى الفرع يثبت بالمعنى ، وفى الأصل بالنص لا غير .

وهذا لأن النص مغنى عن طلب المعنى فى محل النص ، وإنما ظهور عمل المعنى فى الفرع فحسب .

قالوا : وكذلك نقول فى الأشياء الستة مع فروعها ، وهذا لأن التعليل ليس إلا التعدية ، وطلب الحكم فى الفرع ، ولهذا نقول : إن العلة التى لاتكون متعدية لا تكون علة ، وإذا عرف هذا الأصل فالطهورية للماء ثابتة بالنص فحسب ، والتعليل لإثبات هذا الحكم فيما وراءه فيكون ثبوته فى الفرع أعنى المائعات لعلة الإزالة وفى الأصل بالنص لا غير ، وإذا كان ثابتاً فى الأصل لا بعلة الإزالة ظهر عمله فى موضع الإزالة وغير موضع الإزالة ، وذلك فى طهارة الحدث .

وأما الخل وماء الورد لما ثبتت الطهورية فيهما بعلة الإزالة عمل فى موضع الإزالة ولم يعمل فى غير موضع الإزالة .

---

(١) نقلا من الإسرار : ٦٨ / أ / ب شهيد على (ببعض التصرف) .

قالوا : ولا يلزم المرق والدهن ، لأن الإزالة لا توجد بهما فإذا لم يعتصر بالعصر بقى النجس فى الثوب حتى لو كان بحيث يعتصر بالعصر يحصل به إزالة النجاسة (١) .

قالوا : وأما قول مشايخكم إن غير الماء لا يطهر بالمكاثرة فلا يطهر غيره بالمباشرة بخلاف الماء فرق ممنوع ، فإن عند جماعة من أصحابنا (٢) إذا كثر الخل أو ماء الورد وصار بحيث لا يخلص بعضه إلى البعض مثل الماء ، ولئن سلمنا الفرق فإنما دفع الماءُ النجاسةَ عن نفسه عند الكثرة لبلوى الناس وحاجتهم ، ولهم بلوى فى الماء وذلك فى الحياض والأودية والغدرانات ولا بلوى فيما وراءه ، لأنه لا يكون فى الجوابى (٣) والأوانى مصوناً فى البيوت .. إلى هذا الموضع انتهت طريقة أبى زيد (٤) ذكرناها بزيادة شرح وبسط .

وقد تعلق مشائخهم بالإستنجاء حيث لا يختص بالحجر ، وقالوا : جنس له أثر فى إزالة النجاس فلا يختص بشئ منه دون شئ ، دليله الجامد ، والتعليل للماء ، وتعلقوا أيضا بالدّن (٥) الذى فيه الخمر حيث يطهر

---

(١) الإسرار ٦٧ / أ .

نقل ابن قدامة الإجماع على أنه لا يجوز بهما وضوء ولا غسل . المغنى : ١/ ٢٠.

(٢) قال فى الإسرار : قال مشايخ بلخ : (من الحنفية) ٦٧ / ب شهيد على .

(٣) الجوابى جمع جابية وهى الحوض الكبير الذى يجبى الماء أى جمعه .

انظر : تفسير الفخر الرازى : ٢٤٩/٢٥ .

(٤) أبو زيد عبيد الله - أو عبد الله - بن عمر بن عيسى الدبوسى الحنفى صاحب الإسرار وتقويم الأدلة ، مات سنة ٤٣٠ هـ .

الجواهر المضيئة : ٤٩٩/٢ ، الأنساب للسمعانى : ٣٠٥/٥ ، ٣٠٦ ، انظر الإسرار : ٦٧/ب شهيد على .

(٥) الدّن : جمعه دنان ، وهو من آنية الخمر . انظر اللسان مادة « دنن » .

بانقلاب الخمر خلاً من غير استعمال الماء وكذلك دباغ الجلد يحصل به طهارته من غير ماء أصلاً .

الجواب :

أما قولهم : « إن التعليل واجب ما أمكن » .

قلنا : لا إمكان فى مسألتنا .

وقولهم : « إنه معلل بالإزالة » .

قلنا : لو كان كذلك لم يكن طهوراً فى الحدث ، لأنه لا إزالة هناك ، وتعليل الطهورية بالإزالة بلا وجود إزالة ، محال .

وقد قال بعض مشايخهم : إنا نعلل الوضوء بالوضاءة والحسن .

قلنا : فعدّوا ذلك إلى كل ما يحصل به هذا المعنى من ماء الورد وغيره .

٣ / أ فأما قولكم فى العذر عن طهارة الحدث إنها طهارة حكمية غير / معلولة بالإزالة وهى حكم بلا عين .

قلنا: فإذاً يبطل التعليل بالإزالة ، لأن الماء طهور فى الحدث نصاً ولا إزالة فيه ، فبطل تعليلهم بالإزالة .

وأما قولهم : « إن الحكم ثبت فى الأصل بنص لا بعلة » .

قلنا : التعليل لطلب علة الأصل ، فأما إذا كان المعنى المستخرج من الأصل ساقطاً فى تعليل الأصل به لم يتصور التعدية .

وقولهم : « إن النص مغنى عن التعليل » .

قلنا : بلى فى ثبوت الحكم لكن من ضرورة ثبوت الحكم فى الفرع بالمعنى ثبوت الحكم فى الأصل بذلك المعنى ، ويجوز أن يكون الحكم ثابتاً

بالنص والمعنى جميعاً كقوله ﷺ في الهرة : « إنها ليست بنجسة إنها من الطوافين عليكم والطوافات »[1] . نص على نفى النجاسة ونص على التعليل فكان الحكم ثابتاً بالنص والمعنى ، وعلى أن الحكم إن كان لا يثبت فى الأصل بالمعنى فلا بد من وجود المعنى فى الأصل ، كما فى علة الأشياء الستة على المذهبين[2] ، وطهورية الماء فى الحدث أصل ، فإذا كانت الطهورية معللة بالإزالة ، فلا بد من وجودها فى الأصل ليمكن التعليل .

وقد بيَّنا إنه لا وجود ، وفصل طهارة الحدث فى نهاية الإشكال عليهم إذا قرر على هذا الوجه ، وعلى أنَّا بيّنا بطريق التحقيق أن التعليل بالإزالة متعذر غير ممكن بحال .

وأما قولهم : « إن الطهورية صفة أصلية ثابتة بالنص » .

قلنا : فإذا كانت صفة أصلية تكون ثابتة بذاتها لا بنص الشارع ثم قد بيّنا أن الطهورية صفة لا يمكن إثباتها حقيقة إلا عند اتصالها بالغير .

وقولهم : « قد وصف من قبل » .

قلنا : هذا على طريق المجاز لا على طريق الحقيقة .

وقولهم : « إن الطهورية صفة حكمية » .

قلنا : وإن كانت حكمية لكنها صفة متعدية ، لأنه لا يتصور وجودها إلا بعد اتصالها بالغير ، وهذا موضع ضيق الخناق عليهم ، لأن إثبات

---

(١) رواه الدارقطني فى سننه : ١/ ٧٠ .

(٢) أى على قول من يقول إن العلة فى الأشياء الستة الكيل أو الوزن وهو قول الحنفية أو على قول من يقول إن العلة فى الأشياء الستة الطعم ، والقيمية والثمنية فى الذهب والفضة ، وهم الجمهور ومنهم الشافعية .

الطهورية حقيقة فى غير وقت الإستعمال لا مطمع فيه للخصوم وقد سموا هذا الموضع مزل القدم [١] ، وهو مزل قدمهم بلا إشكال .

وأما قولهم : « إن الضرورة ترتفع بالماء الجارى أو بالماء العذب » .

قلنا : النص وارد فى طهورية الماء المطلق وهو يشتمل على جميع أنواع المياه عذبها وملحها وراكدها وجاريها وصافيها وكدرها .

وأما تعلق مشايخهم بفصل الإستنجاء فيقال لهم : لا إزالة للنجاسة فى الإستنجاء .

فإن قالوا : إن لم تكن إزالة فقد وجب التخفيف فتعتبر طهارة الإزالة بطهارة التخفيف .

قلنا : التخفيف رخصة [٢] ، والرخص بابها على السهولة والسعة ، والإزالة عزيمة ، والعزائم [٣] بابها على الإستقصاء والمضايقة ، وجواز استبدال الحجر بغيره من باب السعة والسهولة ، ووجوب الإقتصار على شئ واحد مثل باب المضايقة واعتبار العزائم بالرخص فيما يرجع إلى السعة والمضايقة اعتبار باطل .

---

(١) انظر الإسرار لأبى زيد : ٦٧ / ب شهيد على .

(٢) الرخصة : عبارة عن اليسر والسهولة يقال : رخص السعر إذا تراجع وسهل الشراء .

وفى الشريعة : عبارة « عما وسع للمكلف فى فعله لعذر وعجز عنه مع قيام السبب المحرِّم فإن ما لم يوجبه الله تعالى علينا من صوم شوال وصلاة الضحى لا يسمى رخصة وما أباحه فى الأصل من الأكل والشرب لا يسمى رخصة ، ويسمى تناول الميتة رخصة ، وسقوط صوم رمضان عن المسافر يسمى رخصة » أ هـ . المستصفى : ٩٨/١ .

(٣) العزيمة : مأخوذة من العزم وهو القصد المؤكد .

وفى اصطلاح الشرع : عبارة « عما لزم العباد بإيجاب الله مثل : الصلوات ، وتوحيد الله » أ هـ . انظر المستصفى : ٩٨/١ .

وأما تخريج فصل الإستنجاء على الطريقة التى اعتمدناها هو أن التخفيف أمر حسى لم يبن على استعمال طهور ، فإذا وجد بأى آلة حصل التخفيف .

فأما الطهارة فى مسألتنا مبنية على استعمال الطهور ، وقد بيَّنا أن الطهور هو الماء لا غير لأنه معنى ثابت شرعاً لا لمعنى ، فاتّبعنا موضع الشرع على ما سبق . وقد أجاب المشايخ : وقالوا إنما جاز العدول من الحجر إلى غيره فى الإستنجاء بالنص فإنه روى فى بعض الروايات : «ثلاث أعواد ، وثلاث حثيات من تراب وثلاث مسحات » (١) .

وعندى : إن الإعتماد على التخريج الذى قلنا ، لأن هذا الخبر فيه نظر (٢) .

وأيضاً فإنه لا يشتمل على جميع ما يستنجى به .

وأما فصل الدّن والدباغ فيخرج على ما قلنا ، لأنه ليس طهارة الجلد والدّن باستعمال طهور ، إنما هو فى الخمر بانقلابها خلاً ، وفى الجلد بطيبه وزوال النجاسة عنه . فلم يكن المثال نظير مسألتنا بوجهٍ ما فسقط إلحاقه به .

* * *

(١ ، ٢) رواه الدارقطنى فى سننه بلفظ « فليستنج بثلاثة أعواد أو بثلاثة أحجار أو بثلاث حثيات من التراب » . وقال : لم يسنده غير المضرى وهو كذاب متروك ، وغيره يرويه عن طاووس مرسلاً ليس فيه عن ابن عباس : ١/٥٧ . وليس فيه : « وثلاث مسحات » .

وقد وردت عند أحمد عن جابر بلفظ : « إذا تغوّط أحدكم فليتمسح ثلاث مسحات » ، وفيه ابن لهيعة . انظر المسند : ٣/٣٣٦ .

وقال الحافظ فى التلخيص : ورواه النسائى فى شيوخ الزهرى وابن منده فى المعرفة والطبرانى عن خلاد بن السائب عن أبيه أنه سمع النبى ﷺ ..... » التلخيص : ١/١١٠ .

(مسألة)

لا يجوز التوضئ بالماء الذى تغير أحد أوصافه بمخالطة شئ إياه ، وإن كان المخالط طاهراً [1] .

وعندهم يجوز إذا لم يكن غالبا عليه [2] .

وموضع الخلاف إذا تغيّر بالزعفران [3] أو العصفر [4] وما يشبه ذلك .

٣/ب وقد قال بعض أصحابنا : إنه إنما لا يجوز إذا تفاحش / التغير ، فأما إذا كان التغير يسيراً فإنه يجوز [5] .

وقد قال بعض أصحابهم مثل ذلك .

فعلى هذا لا خلاف ، وقد ذكر المتقدمون المسألة على الإختلاف الذى ذكرناه وأطلقوها إطلاقاً من غير تقييد وتفصيل فنتكلم عن ذلك فنقول :

---

(١) النكت ورقة ٤ / أ ، المهذب : ١/ ١٤ .

وهو قول المالكية والحنابلة فى أصح الروايتين .

الإشراف للبغدادى : ١/ ٣ ، المغنى : ١/ ٢٠ ، قال ابن قدامة : قال القاضى أبو يعلى : وهى أصح ، وهى المنصورة عند أصحابنا فى الخلاف .

(٢) رؤوس المسائل ص ٩٦ ، البداية مع فتح القدير : ١/ ٧١ وهو رواية عن الإمام أحمد رواها الميمونى وإسحاق بن منصور . المغنى : ١/ ٢١ .

(٣) الزعفران : نبت معروف ، وزعفرتُ الثوب : صبغتُه بالزعفران فهو مزعفر - المصباح مادة «الزعفران» .

(٤) العصفر : نبت معروف ، وعصفرتُ الثوب : صبغتُه بالعصفر فهو معصفر - المصباح ، مادة « العصفر » .

(٥) المهذب : ١/ ١٤ .

الوضوء شرع ورد إقامته بالماء المطلق فى الكتاب والسُنَّة فإذا أقامه لا بالماء المطلق لم يجز . لأن المقيد غير المطلق ، وهذا لأنه إذا كان غيره فالدليل الوارد فى أحدهما لا يكون وارداً فى الآخر وإنما قلنا : إن هذا الماء ليس بماء مطلق الإسم والمعنى . أما من حيث الإسم فلأنه يقال له «ماء الزعفران » فيقيد اسمه بالزعفران ولا يطلق إطلاقاً .

وأما من حيث المعنى فلأنه يقصد ويطلب لخلطه لا لعينه وهذامخيل جداً لأنه إذا طلب ماء الزعفران للزعفران فصار هو المقصود ، وكان الماء الذى هو محله كالتابع له ، وصار هذا كماء الورد والمرق ، فإنه لما طلب لرائحته صار المقصود ، والمرق لما طلب لدسمه كان هو المقصود أيضاً ، كذلك هاهنا .

وأما حجتهم :

قالوا : لم يوجد إلاّ مجرد التغيّر ، وتغيّر الماء لا يسلب وصف الطهورية منه - كما لو تغيّر بطول المكث ، وكما لو تغيّر بالطين أو الطحالب أو الورق .

قالوا : وبهذا نعترض على قولكم : إنه ليس بماء مطلق ، لأنه مجرد التغيّر لا يزيل اسم الماء على الإطلاق بدليل ما قدمنا .

وأما قولكم : « إنه يقال ماء الزعفران » فمعناه الماء الذى وقع فيه الزعفران وعلى أنه كما يقال : ماء الزعفران يقال : ماء الكبريت وماء البير وماء البحر فتقيد بهذه الأشياء ومع ذلك يجوز التوضئ به [1] .

وقولكم : « إنه يقصد لخلطه » فيرد عليه ماء الكبريت ، والماء المسخن فإنه يطلب لصفته لا لذاته ومع ذلك كان بمنزلة سائر المياه .

---

(١) البداية مع فتح القدير : ٧١/١ ، أحكام القرآن للجصاص : ٣٣٨/٣ .

قالوا : وأما ماء الورد والمرق فليس بماء بل هو طيب ، وطعام سنة أنه تعمل النار فيه استجد اسماً آخر .

فدل أن الاسم الأول فات منه بخلاف مسألتنا ، فإنه مستبقٍ على الإسم الأول غير أنه تقيّد بالزعفران ليدل على الواقع فيه ، والمخالط إياه مثل ما قدمنا .

وقال بعضهم : لو كان تغيّره بالواقع فيه يمنع جواز الوضوء لكان نفس الوقوع مانعاً أيضا ، كالواقع النجس .

الجواب :

أماَ قولهم : « لم يوجد إلا مجرد التغيّر » .

قلنا : عندنا نفس التغيّر غير مانع من التوضئ به إنما المانع زوال اسم الماء على الإطلاق ، ويمكن أن يقال : إن السالب للطهورية تغيّر مزيل لإسم الماء المطلق .

وقولهم : « إن هذا ماء مطلق » .

قلنا : كيف يصح هذا واسمه ماء الزعفران لا الماء المجرد ، والمعنى المطلوب منه المقصود فيه الزعفران ، لا أنه الماء لذاته وعينه على ما سبق.

وقولهم : « إنه يقال ماء الزعفران أى الماء الذى وقع فيه الزعفران » .

قلنا : فقولوا مثل هذا فى ماء الورد وهو أنه الماء الذى أغلى بالورد .

وأما قولهم : « إن هناك تجدّد له اسم آخر » .

قلنا : وهاهنا إذا تفاحش التغير فتجدّد له اسم آخر فيسمى المتغير بالزعفران صبغا وبالزاج [1] حبراً ، وعلى أن المانع هو التقييد الذى قلناه .

---

(١) الزاج معروف ، ويقال له « الشبّ اليمانى » وهو من الأدوية وهو من أخلاط الحبر ، فارسى معرب .

انظر : اللسان مادة « زوج » .

وقد ذهب الإسم المطلق منه وعرض التقييد ، وأما ماء الكبريت وماء الآبار والبحار فهو إضافة له إلى مواضعه ، وهذا لا يوجب زوال اسم الماء المطلق منه .

وأما المسخن والأجاج والكدر والعذب فهذه الأشياء صفات الماء المطلق مثل الحسن والقبح والبياض والسواد صفات الآدمى المطلق .

ألا ترى أن الماء فى الأصل منوّع إلى هذه الأنواع ويوجد على هذه الصفات بخلاف الصفة التى تنازعنا فيها .

وأما التراب والطحلب [1] والورق فهذه الأشياء لا يمكن صون الماء منها على ما عرف [2] فأعرض عن التغيّر الحاصل بها ، أو يقال : يعفى عن التغيّر بها لعموم البلوى مثل ما يعفى عن دم البراغيث لعموم البلوى .

وقد قيل : إن التراب ليس له مع الماء مخالطة حقيقة ، ألا ترى أنه بمضى الزمان ينزل إلى قراره ويصفو الماء الذى هو محله .

وقد قال الأصحاب : إن المخالط للماء على ثلاثة أصناف :

ما هو موافق له فى صفتى الطهارة والطهورية كالتراب [1] ، ومخالف فيهما كالنجاسة ، وموافق فى الطهارة مخالف فى الطهورية كمواضع الخلاف فى مسألتنا ، فالمخالف فى صفتيه يسلبهما / والموافق فى صفتيه لا يسلبهما ، والموافق فى إحدى الصفتين دون الأخرى يسلب الصفة المخالفة دون الموافقة والإعتماد على ما سبق .

٤ / أ

---

(١) الطحلب : بضم اللام وفتحها تخفيف : شئ أخضر لزج يخلق فى الماء ويعلوه ، وماء «طحل» مثل تعب كثير « طحلبه » ، المصباح المنير مادة « الطحلب » .

(٢) المهذب : ١/١٥

(٣) المجموع : ١/١٥١ ، أسنى المطالب شرح روض الطالب : ١/٧ ، ٩ .

وقولهم : « إن بنفس الوقوع لا يزول الطهورية » .

قلنا : لأنه لا يزيل اسم الماء المطلق بخلاف ما إذا تغيّر ، وعلى أنه ينتقض بالماء الكثير والماء الجارى فإن تغيّره بالنجاسة يسلب صفة الطهورية بخلاف نفس الوقوع . والله أعلم بالصواب .

* * *

(مسألة)

لا يجوز التوضئ بنبيذ التمر عندنا [١] .

وعند أبى حنيفة يجوز التوضئ به على الرواية الظاهرة [٢] .

وروى عنه أنه رجع إلى ما قلناه [٣] .

وقول أبى يوسف مثل قولنا [٤] .

لنا :

قوله تعالى : ﴿ فلم تجدوا ماءً فتيمموا صعيدا طيبا ﴾ [٥] .

وهذا لم يجد الماء فتيمم ، وموضع الإحتجاج إذا عدم الماء ومعه نبيذ التمر .

---

(١) النكت ورقة ٤ /أ ، المجموع : ١٤١/١ ، المهذب : ١٤/١ ، حلية العلماء : ٦١/١ وهو قول الحنابلة والمالكية .

التحقيق مع التنقيح : ٢٢/١ ، المغنى : ١٨/١ ، ١٩ ، الإشراف للبغدادى : ٣/١

(٢) انظر رؤوس المسائل ص ٩٥ ، بدائع الصنائع : ١١٤/١ ، المبسوط : ٨٨/١ ، البحر الرائق : ١٤٤/١ ، شرح معانى الآثار : ٩٥/١ ، البداية مع الهداية : ١١٧/١ .

(٣) بدائع الصنائع : ١١٥/١ ، البحر الرائق : ١٤٤/١ وقال فيه : وهو المذهب المصحح المختار عندنا ، الهداية مع الفتح : ١٨/١ ، المبسوط : ١٨/١ . الاسرار ٥١ / أ شهيد على .

(٤) بدائع الصنائع : ١١٥/١ وهو اختيار الطحاوى فى شرح معانى الآثار : ٩٥/١ ، ٩٦ ، الهداية مع الفتح : ١١٨/١ ، المبسوط : ٨٨/١ ، وعن أبى حنيفة رواية الجمع بين التيمم والتوضأ بالنبيذ وبه أخذ محمد بن الحسن . فتح القدير : ١٢٠/١ ، المبسوط : ٨٨/١ .

(٥) سورة المائدة : آية (٦)

فإن قالوا : نحمل الآية على عدم الماء والنبيذ [١] .

قلنا : نص الآية اقتضى شرط عدم الماء للنقل إلى التيمم فحسب فَمَنْ ضم إليه عدم النبيذ فقد خالف النص ، ولأن عندكم يتيمم لعدم النبيذ لا لعدم الماء . ألا ترى أنه إذا وجد النبيذ وعدم الماء يتوضأ بالنبيذ [١] ، ولأن الطهارة لا تتأدى إلا بطهور والطهور هو الماء بنص الشارع ، وقد عرّف الشرع الماء ، ولا غير فما لا شرع فيه لا طهورية له .

وأما حجتهم :

تعلقوا بحديث ابن مسعود المعروف فى الباب [٢] ، قالوا : وأبو فزارة هو راشد بن كيسان العبسى الزاهد [٣] ، وأبو زيد هو

---

(١) ذكر ذلك فى المبسوط : ٨٨/١

(٢) رواه الدارقطنى من عدة طرق :

ففى الطريق الأول : ابن لهيعة وقد تفرد به وهو ضعيف الحديث .

وفى الطريق الآخر : على بن زيد ضعيف ، وأبو رافع لم يثبت سماعه من ابن مسعود .

وفى الطريق الثالث : الحسين بن عبيد الله العجلى ، كان يضع الحديث على الثقات .

وفى الطريق الرابع : الحسن بن قتيبة ومحمد بن عيسى وهما ضعيفان .

انظر : سنن الدارقطنى : ٧٦/١ - ٧٨ ، والتحقيق مع التنقيح ٢٣/١ ، ٢٤ ، ورواه الطحاوى فى شرح معانى الآثار : ٩٤/١ ، ٩٥

(٣) راشد بن كيسان العبسى - بالموحدة - أبو فزارة الكوفى ، ثقة من الخامسة ، روى له البخارى فى الأدب المفرد ومسلم وأبو داود والترمذى وابن ماجه تقريب التهذيب ص ٩٩

قال فى التحقيق لابن الجوزى : قال أحمد بن حنبل : أبو فزارة ، فى حديث ابن مسعود رجل مجهول فإن قيل : أبو فزارة اسمه راشد بن كيسان أخرج له مسلم ، وكذلك قال الدارقطنى : أبو فزارة - فى حديث النبيذ - اسمه راشد بن كيسان .

فجوابه من وجهين : أحدهما : أنهما إثنان ، فالمجهول هو الذى فى هذا الحديث ، ودليل ذلك قول الإمام أحمد السابق - فأعْلَم أنه غير المعروف .

الثانى : إن معرفة اسمه لا تخرجه عن الجهالة » التحقيق : ٢٦/١ ، ٢٧ .

مولى عمرو [١] بن حريث المخزومى .

والخبر فى جامع أبى عيسى [٢] ، وسنن أبى داود [٣] ، وغيره [٤] .

وقولكم : إن ابن مسعود لم يكن مع النبى عليه السلام ليلة الجن فقد نقل على بن المدينى باثنى عشر طريقا [٥] كون ابن مسعود مع النبى عليه السلام .

فقد ورد كونه معه ليلة الجن فى خبر الإستنجاء على ما روى أنه قال له تلك الليلة : (ائتنى بثلاثة أحجار فأتاه بحجرين وروثة .... » [٦] الخبر .

وهو خبر مشهور معمول به عند الفقهاء ، وعلى أنا نقول إنه كان معه ليلة الجن ولم يكن معه عند خطاب الجن [٧] فيكون جمعا ما روينا وبين ما تروون إنه لم يكن معه .

---

(١) فى المخطوط : « عمرو وحرث » وصحة العبارة : عمرو بن حريث .

وهو أبو زيد مولى عمرو بن حريث ، وقيل أبو زائد ، مجهول ، خرَّج له الترمذى وأبو داود وابن ماجه . تقريب التهذيب ص ٤٠٧

(٢) انظر : سنن الترمذى مع عارضة الأحوذى : ١٢٨/١ ، ١٢٩ ، قال الترمذى : وإنما روى هذا الحديث عن أبى زيد عن عبد الله عن النبى ، وأبو زيد رجل مجهول عند أهل الحديث ، لا نعرف له رواية غير هذا الحديث » أ هـ . قال ابن العربى فى العارضة : ويقال إن أبا فزارة كان نبّاذا بالكوفة وكان أصل هذا الحديث : .... ما فى إداوتك ؟ قال : نبيذ ، قال : ثمرة طيبة وماء طهور» ، فزاد فيه : « فأخذه فتوضأ به لينفق سلعته » العارضة : ١٢٩/١ .

(٣) سنن أبى داود مع المعالم : ٦٦/١ ، باب الوضوء بالنبيذ .

(٤) رواه ابن ماجه في سننه : ١٣٥/١ ، باب الوضوء بالنبيذ .

(٥) قال الزيلعى فى نصب الراية بعد كلامه على مَنْ خرج حديث ابن مسعود فى النبيذ : « وقد تلخص لحديث ابن مسعود سبعة طرق » : ١٤٣/١ .

(٦) رواه الطحاوى فى شرح معانى الآثار : ١٢٢/١ ، ورواه الدارقطنى فى سننه : ٥٥/١ ، وليس فيهما أن ذلك كان ليلة الجن . فلا دليل فيه .

(٧) انظر : نصب الراية : ١٤٣/١

قالوا : وأما الآية التى تعلقتم فنحن نقول : إن نبيذ التمر ماء شرعاً بدليل قوله عليه السلام : « ثمرة طيبة وماء طهور » فدخل فى قوله تعالى : ﴿ فلم تجدوا ماء فتيمموا ... ﴾ (١) .

وقد رووا من طريق عكرمة (٢) عن ابن عباس أن النبى عليه السلام قال: « الوضوء بنبيذ التمر وضوء من لا يجد الماء » (٣) .

ورووا مثل مذهبهم عن على ، وابن مسعود ، وابن عباس (٤) رضى الله عنهم .

الجواب :

إن خبر ابن مسعود كان بمكة ، وآية التيمم نزلت بالمدينة (٥) ، وقد تضمن نسخه (٦) لأنه لما نقل من الماء إلى التراب فقد رفع النقل إلى النبيذ، ولأنه نقل إلى التراب من غير واسطة فيكون رفعاً للواسطة .

فإن قالوا : عندكم لا تنسخ السنة بالكتاب .

قلنا : يجوز على أحد قولى الشافعى (٧) رضى الله عنه ، وعلى أنه قد وردت أخبار كثيرة من السنة موافقة لما فى الكتاب فيكون نسخ السنة بالسنة .

---

(١) سورة المائدة : آية (٦)

(٢) عكرمة بن عبد الله مولى ابن عباس أصله بربرى ، ثقة ثبت عالم بالتفسير ولم يثبت تكذيبه عن ابن عمر ولا يثبت عنه بدعة ، من الثالثة مات سنة ١٠٧ هـ ، روى له أصحاب الكتب الستة .

التقريب : ص ٢٤٢ ، ٢٤٣ .

(٣) رواه ابن أبى شيبة فى مصنفه من قول عكرمة : ٢٦/١

(٤) انظر هذه الآراء وأسانيدها فى الجواب عن الأدلة .

(٥) المبسوط : ٨٨/١

(٦) نصب الراية : ١٤٧/١ ، ونسب ذلك إلى الشافعى .

(٧) انظر : الأحكام للآمدى : ٢٦٩/٢ .

وقد وافق المحققون من أصحابهم مذهب الشافعى فى هذه المسألة ، وتركوا قول أبى حنيفة [١] ، لأنهم رأوا خبر ابن مسعود زائداً على الكتاب ، والزيادة عندهم نسخ ، ولا يجوز النسخ عندهم بخبر الواحد [٢].

وقد قال الأصحاب : إن الذى كان مع ابن مسعود لم يكن نبيذاً على الحقيقة ، إنما كان ماء نبذ فيه التمر لتزول ملوحة الماء ، ليمكن شربه ، فإن عامة مياه العرب كان الغالب عليها الملوحة ، فكانوا ينبذون فيها التمر لتزول ملوحتها بدليل قوله عليه السلام : « ثمرة طيبة وماء طهور » .

---

(١) قال الطحاوى فى شرح معانى الآثار : ٩٦/١ ما نصه : « أجمع العلماء أن نبيذ التمر إذا كان موجوداً فى حال وجود الماء أنه لا يتوضأ به لأنه ليس بماء ، فلما كان خارجاً من حكم المياه فى حال وجود الماء كان كذلك هو فى حال عدم الماء .

وحديث ابن مسعود الذى فيه التوضئ بنبيذ التمر إنما فيه أن رسول الله ﷺ توضأ به ، وهو غير مسافر ، لأنه إنما خرج من مكة يريدهم ، فقيل إنه توضأ بنبيذ التمر فى ذلك المكان وهو فى حكم مَنْ هو بمكة لأنه يتم الصلاة ، فهو أيضاً فى حكم استعماله ذلك النبيذ هنالك فى حكم استعماله إياه بمكة .

فلو ثبت هذا الأثر أن النبيذ مما يجوز التوضئ به فى الأمصار والبوادى ثبت أنه يجوز التوضئ به فى حال وجود الماء وفى حال عدمه . فلما أجمعوا على ترك ذلك ، والعمل بضده فلم يجيزوا التوضئ به فى الأمصار ، ولا فيما حكمه حكم الأمصار ثبت بذلك تركهم لذلك الحديث وخرج حكم ذلك النبيذ من حكم سائر المياه .

فثبت أنه لا يجوز التوضئ به فى حال من الأحوال وهو قول أبى يوسف وهو النظر عندنا » أ هـ

(٢) قال الدبوسى فى الأسرار : ٥١ / أ : « وقد اجتهد بعض مشايخنا لتصحيح هذا الخبر وتشهيره إلا أن أبا حنيفة قد رجع لأن كتاب الله أوجب الرجوع عند عدم الماء إلى الصعيد فلا نزيد على الماء نبيذ التمر بخبر الواحد ... » أهـ .

قال ابن نجيم فى البحر الرائق : « وبالجملة فالمذهب المصحح المختار المعتمد عندنا هو عدم الجواز موافقة للأئمة الثلاثة ، فلا حاجة للاشتغال بحديث ابن مسعود الدال على الجواز .... لأن من العلماء مَنْ تكلم فيه وضعفه « وإن أجيب عنه بما ذكره الزيلعى وغيره » أ هـ . ١٤٤/١ ، ١٤٥

وأما تسمية ابن مسعود إياه نبيذاً كان على طريق المجاز لا على طريق الحقيقة .

وعن أبى العالية [١] : « أتظنونه نبيذكم الخبيث ؟ إنه كان معه ماء نبذ فيه تميرات » [٢] .

وهذا جواب حسن ، لكن الجواب الأول أحسن .

وأما قولكم : إنه ماء شرعاً .

قلنا : هذا جدل .

وأما قوله عليه السلام « وماء طهور » ، فإن ثبت أن ابن مسعود كان معه النبيذ ، فإنما سماه ماءً إخباراً عن أصله ، لأنه ماء كما سماه تمراً إخباراً عن أصله لا أنه تمر .

وأما الخبر الثانى :

فهو عن عكرمة كذلك قاله الدارقطنى [٣] ، والإسناد إلى النبى عليه السلام وَهِمَ / فيه المسيب بن واضح [٤] ، والآثار لا يعرف صحة شئ منها ، وعلى الجملة لا يجوز الإعتراض على الكتاب بمثل هذا . ٤/ب

---

(١) أبو العالية : رفيع - بالتصغير - بن مهران أبو العالية الرياحى ثقة كثير الإرسال من الثانية ، مات سنة ٩٠ هـ ، وقيل : سنة ٩٣ هـ .

روى له الجماعة . تقريب التهذيب ص ١٠٤ .

(٢) رواه الدارقطنى فى سننه : ٧٨/١ ولفظه : « فقال : أنبذتكم هذه الخبيثة ؟ إنما كان ذلك زبيب وماء » .

(٣) انظر : سنن الدارقطنى : ٧٥/١

(٤) قال الدارقطنى فى السنن : « ووهم فيه المسيب بن واضح فى موضعين فى ذكر ابن عباس ، وفى ذكر النبى ﷺ ، وقد اختلف فيه على المسيب والمحفوظ أنه من قول عكرمة : .... المسيب ضعيف » أ هـ . ٧٥/١ ، ٨٠ ، التحقيق : ٢٨/١ ، ٢٩ =

وقد رووا عن ابن عباس أن النبى ﷺ قال : « إذا لم يجد أحدكم الماء ووجد نبيذاً فليتوضأ به » [١] .

وعن ابن عباس قال : « النبيذ وضوء من لم يجد ماء » [٢] .

وعن على رضى الله عنه أنه كان لا يرى بأساً بالوضوء بالنبيذ [٣] .

قلنا : أما الخبر الأول رواه مجاعة [٤] عن أبان [٥] بن أبى عياش عن عكرمة عن ابن عباس ، وأبان متروك [٦] ، ومجاعة ضعيف [٧] .

وأما أثر ابن عباس رواه عبد الله بن محرر عن قتادة عن ابن عباس وعبد الله بن محرر متروك [٨] .

وأما أثر على قال الشعبى : الحارث [٩] كذاب [١٠] . والله أعلم .

* * *

= وهو المسيب بن واضح التلمنيسى - شامى - قال ابن عدى فى الكامل : لا بأس به ، الكامل لابن عدى : ٦/ ٢٣٨٥ . لسان الميزان لابن حجر : ٦/ ٤٠ .

(١) رواه الدارقطنى فى سننه : ٧٦/١

(٢) رواه الدارقطنى فى سننه : ١/ ٧٥ ، ٧٦

وقد بين أنه من قول عكرمة وليس من قول ابن عباس فقال : « والمحفوظ أنه من رأى عكرمة وليس بمرفوع » أ هـ .

(٣) رواه الدارقطنى فى سننه : ١/ ٧٩ ، ورواه ابن أبى شيبة فى مصنفه : ٢٦/١

(٤) مجاعة بن الزبير عن ابن سيرين ، قال أحمد بن حنبل : لم يكن به بأس فى نفسه وضعفه الدارقطنى وغيره ، عداده فى البصريين . انظر : المغنى فى الضعفاء : ٥٤٢/٢

(٥) أبان بن أبى عياش فيروز البصرى أبو إسماعيل العبدى ، متروك من الخامسة ، مات فى حدود الأربعين . روى له أبو داود من الستة . التقريب ص ١٨ .

(٦) ، (٧) قاله الداقطنى فى سننه : ٧٦/١

(٨) قاله الدارقطنى فى سننه : ٧٦/١ وقال ابن حجر فى التقريب : عبد الله بن محرّر الجزرى القاضى متروك ، من السابعة ، مات فى خلافة أبى جعفر » ، التقريب ص ١٨٧

(٩) الحارث بن عبد الله الأعور الهمدانى الحوتى الكوفى أبو زهير صاحب علىّ كذبه الشعبى فى رأيه ورمى بالرفض ، وفى حديثه ضعف وليس له عند النسائى سوى حديثين ، مات فى خلافة ابن الزبير ، روى له أصحاب السنن . انظر التقريب : ص ٦٠ .

(١٠) انظر : التحقيق : ٢٩/١ ، ونقل ابن الجوزى فيه قول على بن المدينى : إنه كذاب .

(مسألة)

لا يجوز التوضئ والغسل من الجنابة والحيض إلا بالنية [١] .

وعندهم يجوز من غير نية [٢] .

لنا :

إن الوضوء طهارة شرعية فيتبع فيها مورد الشرع ، والشرع ورد بالوضوء للصلاة بدليل قوله تعالى : ﴿ يا أيها الذين آمنوا إذا قمتم إلى الصلاة فاغسلوا وجوهكم ... ﴾ [٣] الآية ، والمعنى : فاغسلوا هذه الأعضاء للصلاة مثل قول القائل : « إذا جاء الشتاء فتأهب » أى فتأهب للشتاء ، و « إذا لقيت الأسد فاحذر » أىّ فاحذر من الأسد ، والوضوء للصلاة هو النية التى وقع الخلاف فيها ، فإذا توضأ لتعليم الغير أو للتنظيف أو اغتسل للتبرد فلم توجد الطهارة الشرعية ، والصلاة بغير طهارة لا تجوز ، ونظير

---

(١) انظر الأم : ١/٢٥ ، المنهاج مع المغنى : ١/٤٧ ، روضة الطالبين : ١/٤٧ وهو قول المالكية والحنابلة ، الإشراف للبغدادى : ١/٧ ، تفسير الفخر الرازى : ١١/١٥٦ ، المغنى : ١/١٥٦ ، أحكام القرآن لابن العربى : ٢/٥٥٩ ، الكافى فى فقه أهل المدينة : ١/١٦٤، الاستذكار لابن عبد البر : ١/٣٣٢ .

(٢) انظر : بدائع الصنائع : ١/١٢٠ ، رؤوس المسائل ص ١٠٠ ، أحكام القرآن للجصاص : ١/٣٣٤ ، مختلف الرواية ورقة ٢١ / ب ، مخطوط المبسوط : ١/٧٢ ، البداية مع فتح القدير : ١/٣٢ ، الطريقة الحصيرية : ٢ / ب .

(٣) سورة المائدة : آية (٦) .

هذا التيمم ، فإن التيمم لما كانت طهارة شرعية والشرع أمر به للصلاة فلم يكن طهارة فى غير مورد الشرع كذلك هاهنا .

فإن قالوا : عندكم لو توضأ لا للصلاة لكن لمس المصحف أو سجود التلاوة يجوز وضوءه .

قلنا : الأصل هو الوضوء للصلاة إلا أن النية مالا يستباح شرعا إلا بالوضوء ألحق بالصلاة من حيث المعنى وحصلت الطهارة الشرعية بها ، وذلك لمعنى وهو إنه نوى بوضوءه مالا يستباح شرعا إلا به فصار كما لو نوى الصلاة ، وإنما قلنا إن الوضوء طهارة شرعية لأنه لا تعرف طهارة الأعضاء الأربعة عن الحدث باستعمال الماء إلا شرعا ، يبينه أن عمل الحدث فى الأعضاء لما كان محض شرع فكذلك رفعه ، وتحصيل الطهارة فى محله يكون محض شرع .

وقد قال الأصحاب فى هذه المسألة : إن الوضوء عبادة فلا يتأدى إلا بالنية لقوله تعالى : ﴿ وما أمروا إلا ليعبدوا الله مخلصين له الدين ﴾ (١) .

والإخلاص عمل القلب وذلك بالنية .

واستدلوا على أنه عبادة بقوله عليه السلام : « الوضوء شطر الإيمان » (٢) .

---

(١) سورة البينة : آية (٥) .

(٢) رواه ابن ماجه فى سننه : ١٠٢/١ فى باب « الوضوء شطر الإيمان » .

ورواه الترمذى فى سننه : ٢٦٤/٤ مع التحفة فى كتاب « الدعوات » .

ورواه النسائى فى سننه : ٥/٥ فى باب « وجوب الزكاة » .

فإذا كان الإيمان عبادة فشطره عبادة ، لأن النبى عليه السلام قال : «أمتى غر محجلون من آثار الوضوء » [1] ، وأثر العبادة يبقى إلى الآخرة، فأما أثر غيرها فلا ، والخبران صحيحان ، ولأن العبادة فعل يأتى به العبد على جهة التقرب إلى الله تعالى بأمره لثواب الآخرة ، وهذا الحد موجود فى الوضوء ، وإذا ثبت أنه عبادة لم يتصور بغير نية ، لأن النية شريطة العبادات فلا يحصل بدون شرطها ، وهذه الطريقة وإن كانت حسنة لكن الأولى أحسن وأدل على حقيقة المسألة ، وهى داخلة فى الطريقة الأولى معنىً على مايتبين من الجواب عن كلامهم .

وأما حجتهم :

تعلقوا بالآية ، وزعموا أن الله تعالى أمر بغسل الأعضاء الأربعة فلا يجب شئ سوى الغسل .

يدل عليه أن شرط النية زيادة على الغسل لا يدل عليه ذكر الغسل فيكون زيادة على النص الوارد فى الكتاب [2] ، والزيادة على النص نسخ، لأنه يتضمن تغيير حكمه وبيان التغيير فى مسألتنا أن نص الآية اقتضى إطلاق الصلاة عند غسل الأعضاء الأربعة ، فإن تقدير الآية : إذا قمتم إلى الصلاة فاغسلوا وجوهكم وصلوا ، كما يقال : إذا دخلت على الأمير تلّبس وتطّيب ، أى افعل ذلك وادخل عليه .

وعند شرط النية يتغير هذا الحكم لأنه لا يطلق له الصلاة ما لم ينو .

---

(١) رواه البخارى فى صحيحه : ٢٣٥/١ مع الفتح فى باب « فضل الوضوء ، والغر المحجلون من آثار الوضوء » .

ورواه النسائى فى سننه : ٧٩/١ فى باب « حلية الوضوء » .

ورواه الطحاوى فى شرح معانى الآثار : ٤٠/١ .

(٢) انظر : أحكام القرآن للجصاص : ٣٣٤/٢

وهذا أمر وراء الغسل الذى ورد به نص الكتاب فيكون إثباتاً بتغيير حكم الكتاب على ماسبق .

وأما من حيث المعنى قالوا : الطهارة شرط الصلاة ، والوضوء وجب بحصول الطهارة وقد حصلت الطهارة / وإن لم ينو فسقط عنه الأمر بالوضوء كما لو توضأ مرة سقط عنه فعله مرة أخرى .

٥ / أ

والدليل على حصول الطهارة وإن لم ينو أن الله تعالى خلق الماء طهوراً كما قال : ﴿ وأنزلنا من السماء ماءً طهوراً ﴾ (١) أى خلقنا .

والطهور اسم لما يحصل به الطهارة كالقطوع اسم لما يحصل به القطع فإذا استعمله فى الأعضاء طهَّرها ، لأنه عمل له بذاته وعينه ولايتبدل ذلك لقصد المستعمل وعدم قصده ، وصار هذا نظير إزالة النجاسة فإن استعمال الماء فى المحل النجس أوجب تطهير المحل سواء قصده أو لم يقصده (٢) .

ونظيره من الحسيات الماء المروى إذا شربه الإنسان روى بذاته لا بقصد الشارب والطعام المشبع إذا أكله حصل الشبع بذاته لا بقصده قالوا : فإن قلتم هذا الكلام صحيح فى الحسيّات ، فأما فى الحكميات فلا ، والطهارة فى مسألتنا طهارة حكمية لا حسيّة (٣) .

فنقول : إن طهارة المحل باستعمال الطهور فى محل النجاسة أمر حقيقى بحصول الرى بشرب الماء .

فإن قلتم : « لا نجاسة فى أعضاء الوضوء » .

---

(١) سورة الفرقان : آية (٤٨) .

(٢) الأسرار لأبى زيد : ١٧ / ب شهيد على .

(٣) الأسرار لأبى زيد : ١٧ / ب شهيد على .

نقول : هى فى حكم النجس [1] إلا أن النجاسة عُرِّفت شرعاً ، فإن النجاسة فى حق الصلاة ما يمنع من الصلاة ، وإذا كانت الأعضاء نجسة حكماً فما يرجع إلى الصلاة صار الزوال إلى الطهارة باستعمال الطهور عملاً لذات الماء وحكماً له خِلقةً وطبعاً .

قالوا : وإنما لم يجز الوضوء بغير الماء (لأن الخل طهور لا لعينه ، فإنَّ اللّٰه تعالى لم يخلقه طهوراً بل هو طهور لمعناه ، وهو إزالة عين النجاسة ولم يثبت ذلك فى أعضاء المحدث)[2] ، فلم يكن طهوراً فى حقه لهذا المعنى.

قالوا : وعلى هذا نسلم أن الوضوء عبادة لكن ليست مقصودة لعينها بل المقصود منه التمكن من الصلاة لحصول الطهارة فإذا حصلت الطهارة بأى وجه كان سقط ، كالسعى إلى الجمعة يسقط بسعى لا للجمعة ، بأن يكون لطلب غريم أو لقاء إنسان ، لأن المقصود منه التمكن من الجمعة بالحصول فى المسجد فعلى أىّ وجه حصل سقط الأمر ، كذلك هاهنا .

وحرفهم فى هذا أن العبادة متى لم تكن مقصودة سقط بحصول المقصود دون العبادة كالسعى إلى الجمعة والجهاد وغير ذلك .

قالوا : « وإذا عرفت هذا ظهر الفرق بين الوضوء والتيمم ، فإن التراب ماخلق طهوراً ليطهر أعضاء المحدث بطبعه ، وكان القياس أن لايحصل بالتراب الطهارة وإن نوى إلا أن الشرع جعل التراب طهوراً للصلاة إذا عدم الماء فما لم يرد الصلاة عند المسح لايكون التراب طهوراً ، كما لم يعدم الماء ، وإذا لم يصر طهوراً لم يفد استعماله طهارة ، وإذا أراد الصلاة فالآن صار التراب طهوراً ثم الطهارة تحصل باستعماله بغير نية الطهارة ،

---

(1) الأسرار لأبى زيد : ١٧ / ب شهيد على .

(2) ما بين القوسين نقلاً من الأسرار ١٧ / ب شهيد على .

فصارت الطهارتان غير معتبرتين فى حق النية بل الماء والتراب افترقا فى صفة الطهورية فالماء طهور بنفسه ، والتراب طهور بشرط إرادة الصلاة » [١] .

قالوا : وأما تعلقكم بالآية فلا معنى له ، لأن الآية قوله تعالى : ﴿ فاغسلوا ﴾ أى فاغسلوا لتحصل لكم الطهارة وتتمكنوا من أداء الصلاة وقد حصلت الطهارة الممكنة من أداء الصلاة وإن لم يتوضأ للصلاة فهذا مجموع كلامهم تحقيقاً ذكرناه على الإختصار .

الجواب :

أما التعلق بالآية فقد بيّنا أنها دليل عليهم .

وأما قولهم : « إن الآية لا تقتضى إلا الغسل » .

قلنا : قد ذكرنا أن مقتضى الآية غسل الأعضاء للصلاة ، وهذا هو معنى النية .

وأما قولهم : « إن شرط النية زيادة على نص الكتاب ، والزيادة نسخ ».

قلنا : قد ذكرنا أن بالكتاب عرفنا شرط النية ، وعلى أن النسخ هو تغيير الحكم ، وحكم الآية غسل الأعضاء الأربعة ، وليس فى الآية تعرض النية لا بنفى ولا بإيجاب ، فإيجابها لا يكون تغييراً لحكم الآية ، لأن حكم الآية على ما كان من قبل ، وإنما القياس دليل آخر تعرض لشئ لم يتعرض له الكتاب أصلاً فلم يكن تغييراً لحكم الكتاب .

وقولهم : « إن الآية اقتضت اطلاق الصلاة بغسل الأعضاء الأربعة » .

---

(١) ما بين القوسين نقلاً من الأسرار ١٧ / ب ، ١٨ / أ شهيد على (ببعض التصرف) .

قلنا : ذلك عند عدم الدليل على وجوب شرط زائد من نية أو ترتيب أو غير ذلك ، فأما مع قيام الدليل على النية أو الترتيب فلا ، وقد قام الدليل لنا على / النية وغير ذلك من الشرائط ، وبهذا نقول : إن إيجاب طهارة البدن والثوب والغسل من الحيض وغير ذلك لا يكون نسخاً بل هو ضم شريطة إلى شريطة ، كذلك هاهنا .

٥/ب

وأما المعنى الذى قالوه فضعيف جداً ، لأن عمدتهم هو أن الطهارة قد حصلت بدون النية ولا نسلم ذلك وهل وقع النزاع إلا فى هذا .

فأما قولهم : « إن الماء طهور بذاته وعينه » .

قلنا : هذا الأصل لا يمكن القول به فى الطهارة عن النجاسة ، لأنها طهارة حسيّة والماء مطهر للمحال من حيث الحسّ .

فأما الطهارة عن الحدث فلا يمكن إثباتها بهذا الطريق بحال ، لأنها طهارة حكمية ، ومعنى قولنا : « طهارة حكمية » أنها إثبات طهارة فى محل شرعا لا يعقل له معنى سوى التعبد .

والحرف إن الماء طهور حسّاً ، والواجب طهارة حكماً ، فكونه طهوراً حساً لا يفيد الطهارة الحكمية ، نعم يجوز أن يقال : يفيد الطهارة الحسيّة فلا جرم نقول لا تعتبر النية فى الطهارة عن النجاسة للمعنى الذى قالوه . فأما الطهارة الحكمية فلا تثبت إلا بالشرع ، لأن الأحكام لا تثبت إلا شرعا ولا تنفى إلا شرعا ، والشرع ورد بالوضوء للصلاة على ما سبق فلا تثبت الطهارة فى غير هذا الموضع . ويمكن أن يقال : إن محزّ الكلام فى المسألة هو (إن الطهارة باستعمال الماء يحكم إنه عبادة أم بنفس الماء ، فعندنا باستعمال الماء يحكم إنه عبادة ، وعندكم بنفس الماء وطبعه ، فنقول ما قلناه أولا ، لأنه لا نجاسة بالأعضاء حتى يزيلها الماء بطبعه) [1]

---

(١) ما بين القوسين نقلا عن الأسرار ١٨ / أ شهيد على . (ببعض التصرف) .

فكان ثبوت الطهارة لإقامته عبادة باستعمال الماء وإقامته العبادة باستعمال الماء هو نيته وإرادته فإذا لم توجد لم يكن عبادة ، وإذا لم يكن عبادة لم تحصل الطهارة .

وقولهم : إن « أعضاء المحدث نجسة حكماً » [1] .

قلنا : هذا محال ، لأن إثبات النجاسة بغير نجاسة غير معقول .

وقولهم : « إنه مانع من الصلاة » .

قلنا : بلى ولكن من حيث الحدث لا من حيث النجس ، والمانع من الصلاة يكون من وجهين : حدثاً تارة ، ونجاسةً أخرى ، والطهارة من كل واحد غير الطهارة من الآخر ، والدليل على المغايرة بين الحدث وبين النجاسة أن قليل النجاسة معفو عنها ولا يعفى عن قليل الحدث ، ولأن المسح يدخل فى طهارة الحدث ولا مدخل له فى طهارة النجاسة بحال .

وأما السعى إلى الجمعة فمعنى حسّى فإذا حصل فى مكان الجمعة سقط السعى عنه ، لأنه لا معنى فى إيجاب السعى إلى الجمعة عليه وهو حاضر فى مكانها وعند إقامتها . وأما فى مسألتنا فقد بينا أن الطهارة حكمية فلا تثبت إلا بدليل الشرع وقد انتفى طريق الشرع عند عدم النية فانتفت الطهارة .

وفى المسألة كلام كثير للمشايخ تركناه واقتصرنا على هذا .

وخرَّج بعض أصحابنا إزالة النجاسة على قولنا : إن الوضوء عبادة .

وقال : إن إزالة النجاسة إنما هو تنزه وتنظف وذلك محض مرؤة .

وربما يقولون : طريقها طريق التروك ، لا طريق العبادات ، ويدخل عليه الصوم ، والإعتماد على ما سبق من التخريج ، والله أعلم .

* * *

---

(١) انظر : الإسرار ١٨ / أ شهيد على .

(مسألة)

الترتيب واجب فى الوضوء عندنا (١) .

وعندهم ليس بواجب (٢) .

لنا :

قوله تعالى : ﴿ يا أيها الذين آمنوا إذا قمتم إلى الصلاة فاغسلوا وجوهكم ... ﴾ (٣) ... الآية . وقوله : ﴿ إذا قمتم ﴾ شـرط ، وقوله : ﴿ فاغسلوا ﴾ فى موضع الجزاء ولا يجوز إدخال فاصل بين الشرط والجزاء ، وعندكم إذا قدم غسل اليدين على الوجه يجوز (٤) ، وفيه إدخال فاصل فيكون خلاف الآية ، يدل عليه أنه تعالى أدخل الممسوح - وهو الرأس - فى خلال المغسولات ، والعرب لا تخرج فى الكلام من جنس إلى جنس حتى .... (٥) الجنس الأول لا تقول: اضرب زيداً وأكرم جعفراً واضرب عمراً ، ولكن تقول : اضرب زيداً

---

(١) المهذب : ٣٣/١ ، الأم : ٢٥/١ ، ٢٦ ، روضة الطالبين : ٥٥/١ ، الوسيط : ٣٦/١. ، النكت : ٨ / أ / م .

وهو اختيار ابن العربى المالكى فى أحكامه ٥٦٢/٢ وهو قول مالك ثم رجع عنه . الكافى فى فقه أهل المدينة : ١٦٧/١ .

(٢) انظر : الأسرار لأبى زيد ١٨ / أ شهيد على ، بدائع الصنائع ١٢/١. ، رؤوس المسائل ص ١٠٢ ، المبسوط : ٥٥/١ ، مختلف الرواية ورقة ٢٢ / أ ، مخطوط ، الطريقة الحصيرية ٤/ب .

وهو قول المالكية ، الإشراف للبغدادى : ١١/١ ، المدونة ١٤/١ ، الكافى فى فقه أهل المدينة: ١٦٧/١ ، الاستذكار : ١٨٣/١ .

(٣) سورة المائدة : آية (٦)

(٤) انظر الحاشية (٢) .

(٥) الكلمة غير واضحة فى المخطوطة .

وعمراً وأكرم جعفراً ، فلما خرج من الغسل إلى المسح ثم عاد إلى ذكر الغسل فى الرجل علمنا أن ذلك لوجوب الترتيب .

وأما حجتهم :

احتجوا من الآية قالوا : إن الواو للعطف وقد أمر الله تعالى بأفعال عند القيام للصلاة (وعطف بعضها على بعض بالواو العاطفة وموجب الواو فى اللغة شركة المعطوف عليه فى خبره شركة مطلقة غير مقيدة بصفة الترتيب أو / القران أو التفريق فإنك إذا قلت : جاء زيد وعمرو ، كنت مخبراً عن مجيئهما مطلقا) [1] غير مقيد بصفة مما ذكرناه وصار حقيقة الكلام الخبر عن مجيئهما فحسب (بلا إخبار عن كيفيته ، كذلك فى مسألتنا كان مقتضى الآية وجوب غسل هذه الأعضاء بلا كيفية فالتقييد بوصف يكون زيادة على كتاب الله وذلك يجرى مجرى النسخ .

والدليل على أن الواو لا تقتضى) [2] إلا ما ذكرنا أنك إذا قلت : جاء زيد وعمرو يحسن السؤال من السامع عن كيفية المجئ من ترتيب أو مقارنة، ولو كان يقتضى كيفية بلفظه لم يحسن السؤال عنهما ، كما لا يحسن السؤال عن أصل المجئ بعد خبره عن المجئ ، وهذا لأن (الحروف لم توضع فى الأصل إلا لفائدة جديدة كالأسامى فللقران كلمة « مع » ، وللترتيب بلا فصل كلمة « الفاء » ، وللترتيب المتراخى كلمة « ثم » ، فلا تحمل الواو على فائدة من حرف آخر إذا أمكن حملها على فائدة جديدة ، وقد أمكن ، وهو إيجاب أصل الشركة بين المعطوف والمعطوف عليه فى الخبر بلا صفة ليكون سائر الكلمات لبيان أوصاف الشركة فتجرى الواو منها مجرى اسم الذات من الأوصاف وإذا كان كذلك) [3] ، بطل قول من قال من أصحابهم:

---

(١) ما بين القوسين نقلاً من الاسرار ١٩/١ / أ شهيد على .

(٢) ما بين القوسين نقلاً من الاسرار ١٩/١ / ب شهيد على بتصرف .

(٣) ما بين القوسين نقلاً من الاسرار ببعض التصرف ١٩ / ب شهيد على .

إن الواو تحتمل الجمع والترتيب والقِران ، فيصير ذلك بمنزلة المجمل فيتعرف بيانه بالسنة وقد توضأ النبى عليه السلام مرتبا ، لأن الواو إذا كانت للفائدة التى قلناها وسائر الحروف للفوائد الآخر على ما سبق ، لم يكن اللفظ مجملا بل كان ظاهرا فى معناه الموضوع له .

قالوا : وقولكم : (إن الله تعالى جعل غسل الوجه جزاء الشرط فليس كذلك ، لأن الجمل إذا عطف بعضها على بعض تصير جملة واحدة ولاتحصل مفصلة لقرب بعضها من الشرط وبعد الآخر .

ألا ترى أن من قال لغلامه : إذا جاء الغد فاشتر لى بدرهم لحماً وبدرهم خبزاً وأعتق عبدى ، فجاء الغد واشترى الخبز قبل اللحم أو اعتق العبد قبل كل شئ أجزأه ، وإنما يتعلق إطلاق الفعل بمجئ الغد لا ما دخل تحت الإطلاق ، فكذلك هاهنا يجب الوضوء بالقيام إلى الصلاة .

وأما الأعضاء المغسولة فلا تعلق لها بالقيام بحكم القرب فصار الجزاء هاهنا هو الوضوء لا ما دخل تحت الوضوء ، وصار الجزاء هناك الوكالة لا ما دخل تحت الوكالة) (١) .

قالوا : وأما إدخال المسح بين المغسولات فليس يدل على الترتيب ، بلى يقال قد أدخل لفائدة لولاها لكان ضم المغسول إلى المغسول أولى لاجتماعهما فى الوظيفة وقد أدخل عندنا لفائدة وهى أن الترتيب سنة والكمال يتعلق بذلك ونحن نقول به (٢) .

---

(١) نقلا من الإسرار ١/ ١٩ / ب شهيد على (ببعض التصرف) .

(٢) انظر : الإسرار لأبى زيد ٢٠ / أ شهيد على .

قالوا : ولا وجه لاستعمال القياس فى المسألة ، لأن الوضوء عبادة وشروط العبادات وأركانها لا تثبت قياساً ، ولا تنفى قياساً كأعداد الركعات ومقادير الزكوات والكفارات وغيرها ، ولكننا نتكلم من حيث التأصيل ، فإن الوضوء أصل ثابت بكتاب اللّه تعالى ومن طريق لا شبهه فيه ، فلا يمكننا أن نزيد عليه شيئاً ، ونجعله منه إلا من طريق يثبت أصله، وشرط العبادة بمنزلة ركنها فلا يثبت إلا بما يثبت به ركنها [1] .

قالوا : وإنما تخريجاً لهذه المسألة على الطريقة التى ذكروها فى المسألة أن الماء طهور بنفسه فإذا استعمل فى الأعضاء حصلت الطهارة بنفس الاستعمال سواء رتب أو لم يرتب ، وإذا حصلت الطهارة ، والوضوء وجب لتحصيل الطهارة فلا يبقى إلا من بعد حصولها .

الجواب :

أما التعليق بالآية بالوجه الذى قلنا فصحيح ، وذلك لأن اللّه تعالى علّق غسل الوجه بالقيام إلى الصلاة بكلمة « الفاء » فتمنع تخلل فاصل بينهما من غسل عضو آخر ، كما لو قال لعبده : إن دخلت الدار فأنت حر . وقولهم علي هذا أن الجمع بمنزلة الجملة الواحدة ، والتعليق بالقيام فى أصل الوضوء لا فيما يشتمل عليه الوضوء ، ولنا : جعل الجمل بمنزلة الجملة الواحدة لا بد فيها من دليل قطعى .

وأما قولهم : « إن الذى يتعلق بالقيام أصل الوضوء لا ما يشتمل عليه الوضوء » .

قلنا : إنما يتعلق بالقيام ما علّقه الشرع بالقيام ، وقد علّق به غسل الوجه فيتعلق به تعلق الجزاء بالشرط / فبطل إدخال الفاصل من غسل عضو آخر .

٦/ب

---

(١) نقلاً من الإسرار لأبى زيد ٢ / ب شهيد على (ببعض التصرف) .

وأما الذى تعلقنا به من الإستدلال بإدخال الممسوح بين المغسولات فاستدلال صحيح على ما سبق بيانه .

وقولهم على « هذا إنه لبيان فائدة السُنَّة » .

قلنا : الآية فى الوضوء وردت لبيان الواجب لا لبيان السُنَّة فلا يجوز صرف ما دل عليه الآية ما لم يرد به الآية .

وأما الذى تكلموا على أن « الواو » ليس للترتيب (١) .

فاعلم أن كثيرا من أصحابنا زعم أن الواو للترتيب (٢) ، ونحن لا ندعى ذلك ولا دليل عليه من حيث اللغة ، ولكن استدلالنا بالآية على الوجه الذى قلناه استدلال حسن .

وقد استدل الأصحاب فى المسألة بقوله عليه السلام : « نبدأ بما بدأ الله به » (٣) ، وربما رووا قولا عن النبى عليه السلام : « ابدؤا بما بدأ الله به » (٤) .

وفى القول نظر ، أما الأول فمشهور ، وهو وإن ورد فى البداية بالصفا على المروة لكن العبرة بعموم اللفظ .

(١ ، ٢) جمع الجوامع : ٤٦١/١
قال الشيرازى فى اللمع : وقال بعض أصحابنا : هو للترتيب وهذا خطأ » أ هـ ٥٣٧/١

(٣) رواه النسائى فى سننه : ١٩١/٥ .
ورواه الترمذى فى سننه : ٩٣/٢ مع التحفة وقال : هذا حديث حسن صحيح .
ورواه أبو داود فى سننه : ٤٥٩/٢ مع المعالم من حديث جابر الطويل - باب « حجة النبى » .
ورواه ابن ماجه فى سننه : ١٠٢٣/٢ .

(٤) رواه بهذا اللفظ الدارقطنى فى سننه : ٢٥٤/٢ .
ورواه مسلم فى صحيحه : ١٧٧/٨ مع النووى بلفظ « أبدأ بما بدأ الله به » باب « حجة النبى » .
ورواه ابن خزيمة فى صحيحه ٢٣٠/٤ بنفس اللفظ .
ورواه الدارمى فى سننه : ٤٦/٢ بنفس اللفظ .

وقد قال المخالف : « نحن نقول بالخبر فإنّا نبدأ بما بدأ اللّه به سُنّة » .

ونحن نقول إن الأمر على الوجوب هذا فى قوله : «ابدؤا بما بدأ اللّه به» .

وأما الذى رووا : « نبدأ بما بدأ اللّه به » فهو أيضاً فى معنى الأمر ، لأنه عليه السلام فعل ذلك ليقتدى به فكأنه قال : اقتدوا بى ، فيكون ظاهره للإيجاب .

واستدل الأصحاب بالحديث المشهور وهو قوله عليه السلام : « لا يقبل اللّه صلاة أحدكم حتى يضع الطهور مواضعه ، فيغسل وجهه ثم يغسل يديه ثم يمسح رأسه ثم يغسل رجليه » [(١)] ، والخبر الذى يروون من رواية الربيع بنت معوّذ [(٢)] أن النبى عليه السلام « مسح برأسه بعد غسل رجليه » [(٣)] فلا يثبتها أصحاب الحديث والرجوع إليهم فى هذه الصيغة .

والأولى أن يعتمد فى المسألة فيقال : الوضوء عبادة غير معقول المعنى وطريقها الإتباع المحض ، وقد ورد الكتاب والسُنّة بالوضوء لنلتزمه حداً وفعلاً فوجب أن يلتزم على ما ورد ، ولم يرد الشرع بالوضوء إلا مرتباً وهو المنقول عن صاحب الشرع فنلتزم على ما نقل ، ولا نحكم عليه المعقول والقياس بوجه ما ، وهو كالركعات فى الصلاة وورودها على ترتيب مخصوص فإنه يلتزم على ما ورد من غير أن يحكم عليه قياس ومعقول كذلك هاهنا .

---

(١) قال ابن حجر فى التلخيص : « لم أجده بهذا اللفظ وقد سبق الرافعى إلى ذكره هكذا ابن السمعانى فى الاصطلام ، وقال النووى : إنه ضعيف غير معروف ، وقال الدارمى فى جمع الجوامع : ليس بمعروف ولا يصح » أ . هـ ١/٥٩ .

(٢) الربيع - بالتصغير - والتثقيل بنت معوذ بن عفراء الأنصارية النجارية من صغار الصحابة، روى لها الجماعة . تقريب التهذيب ص ٤٦٨ .

(٣) لم أقف عليه بهذا اللفظ .

وقد تعلق المخالف بتقديم الشمال على اليمين وبتقديم الرجل فى غسل الجنابة على الرأس .

الجواب :

إن اليمين والشمال فى الوضوء كعضو واحد . ألا ترى أنهما فى الكتاب بلفظ واحد ، وكذا فى الرجلين ، ولأن الوضوء بالإجماع مشتمل على أربعة أعضاء [١] لا على ستة .

فإن قالوا : أليس يجوز نقل الماء من أحد اليدين إلى الأخرى ؟ .

قلنا : إنما كان كذلك ، لأنه إذا انفصل من إحدى اليدين فقد صار مستعملا واستعمال الماء المستعمل لا يجوز .

وأما الغسل من الجنابة فإنما لم يجب فيه الترتيب ، لأن جميع البدن فيه بمنزلة العضو الواحد .

فإن قالوا : ما تقولون فيما لو كان عليه الوضوء فاغتسل بدل الوضوء وبدأ بغسل الرجل .

قلنا : يجوز أن يقال لا يجوز ، وإن قلنا بالجواز فلأنه إذا اغتسل بدل الوضوء صار الحكم للغسل .

فإن قالوا : ما قولكم فيما إذا انغمس المحدث فى الماء غمسة ؟ .

قلنا : لا يجوز ما لم يمكث مكثة حتى تترتب الأعضاء والله أعلم .

* * *

---

(١) وهى : الوجه واليدين والرأس والرجلين .

(مسألة)

الثلاث سُنَّة فى مسح الرأس عندنا [١] .

وعندهم السُنَّة أن يمسح برأسه مرة واحدة بماء واحد [٢] .

لنا :

حديث أبىّ بن كعب أن النبى عليه السلام توضأ مرة مرة ، وقال : « هذا وضوء مَنْ يعطيه اللّه كفلين من الأجر » ، ثم توضأ ثلاثاً ثلاثاً ، وقال : «هذا وضوئى ووضوء الأنبياء قبلى » [٣] .

---

(١) الأم : ٢٣/١ ، المهذب : ٢٤/١ ، المجموع : ٤٢٦/١ ، فتح البارى ٢٦٠/١ ، شرح السُنَّة للبغوى : ٤٣٩/١ ، النووى على مسلم ١٠٦/٢ ، مختصر المزنى : ٧/١ مع الأم وهو رواية عن الإمام أحمد - المغنى : ١٧٨/١ .

(٢) رؤوس المسائل ص ١٠٤ ، البداية مع فتح القدير : ٣٣/١ ، مختلف الرواية ٢٢/ أ ، الإسرار لأبى زيد ٢١ / أ شهيد على ، المبسوط : ٧/١ وهو قول المالكية : قال ابن عبد البر فى الكافى : « ولا فضيلة عند مالك فى مسحه ثلاثا » ١٦٧/١ ، وهو الصحيح من المذهب عند الحنابلة - المغنى ١٧٨/١ ، الاستذكار : ١٦٦/١ .

(٣) رواه ابن ماجه فى سننه : ١٤٦/١ وفى إسناده زيد ، هو العمى ضعيف .

ورواه الإمام أحمد فى مسنده عن أبى إسرائيل عن زيد العمى عن نافع عن ابن عمر :

وقال الحافظ فى التلخيص : « قال أبو حاتم : لا يصح هذا الحديث عن رسول اللّه ﷺ وقال ابن أبى حاتم : قلت لأبى زرعة حدثنا الربيع بن سليمان ثنا أسد بن موسى عن سلام بن سليم عن زيد ابن أسلم عن معاوية بن قرة عن ابن عمر ، فقال : هو سلام الطويل وهو متروك ، وقال النووى فى المجموع : ٤٢٥/١ : حديث أبىّ هذا ضعيف . =

وقوله : « توضأ » ينصرف إلى المسح والغسل فكذلك قوله : « مرتين مرتين ، وثلاثاً ثلاثاً » ينصرف إليهما .

وروى مثله ابن عمر أن (١) النبى ﷺ قال : « من توضأ فمضمض ثلاثاً واستنثر ثلاثاً ، وغسل وجهه ثلاثاً ، وغسل ذراعيه ثلاثاً ثلاثاً ومسح برأسه ثلاثا ، وغسل رجليه ثلاثاً ثلاثاً غفر الله له ما بين الوضوئين » (٢) .

وأما مَنْ قال : إنه يمسح مرة واحدة أفتوا بحديث عثمان رضى الله عنه أنه توضأ ومسح برأسه مرة ، وقال : هكذا توضأ رسول الله ﷺ (٣) .

٧/أ وكذلك توضأ على رضى الله عنه ومسح برأسه مرة ، وقال : « مَنْ / سرّه أن ينظر إلى وضوء رسول الله فهذا وضوءه » (٤) .

= وقال ابن عبد البر فى الاستذكار : « لم يأت من وجه ثابت ولا له إسناد يحتج به ، لأنه حديث يدور على زيد بن الحوارى العمى هو انفرد به وهو ضعيف جدا عند أهل العلم بالنقل ، وقد اختلف فيه عليه فمرة يجعله من حديث أبىّ بن كعب ومرة يجعله من حديث ابن عمر .. » أ هـ .

الاستذكار : ٢٤٤/١ .

(١) كلمة غير واضحة فى المخطوطة .

(٢) رواه الدارقطنى فى سننه : ٩٢/١ - ٩٣ وفيه محمد بن عبد الرحمن بن البيلمانى قال ابن حجر فى التلخيص : ابن البيلمانى : ضعيف جداً ، وأبوه ضعيف أيضاً .... » أ . هـ التلخيص ٨٤/١ .

(٣) رواه أبو داود فى سننه : ٨٠/١ مع المعالم فى باب « صفة وضوء النبى ﷺ » وقال أبو داود : أحاديث عثمان رضى الله عنه الصحاح كلها تدل على مسح الرأس مرة ، فإنهم ذكروا الوضوء ثلاثاً وقالوا فيها : ومسح برأسه ، ولم يذكروا عدداً كما ذكروا فى غيره .

ورواه الدارقطنى فى سننه : ٩٣/١ .

(٤) رواه أبو داود فى سننه : ٨٢/١ مع المعالم فى باب « صفة وضوء النبى ﷺ » .

ورواه البغوى فى شرح السنة : ٤٣٣/١ فى باب « صفة وضوء النبى ﷺ » .

قال البغوى : وهو حديث حسن ..

ورواه الدارقطنى فى سننه : ٩٠/١ - ٩١

قالوا : وقد ثبت أن النبى عليه السلام توضأ ومسح برأسه مرة وهو مذكور فى الصحيحين [١] .

ورواه معاذ [٢] ، والبراء بن عازب [٣] ، وعبد الله بن عمرو ، وجماعة .

فالرسول عليه السلام قدوة فيتبع فى فعله ولا يعدل عنه .

الجواب :

إن الروايات عن عثمان وعلىّ متعارضة .

روى حمران [٤] وغيره عن عثمان أنه مسح ثلاثاً .

وكذلك رواه عبد خير [٥] عن علىّ [٦] ، وعلى أن نهاية ما فى الباب ثبوت ما قالوا عن النبى ﷺ غير أن الزائد من الروايات أولى .

---

(١) صحيح البخارى : ٢٥٩/١ مع الفتح فى باب « الوضوء ثلاثا ثلاثاً » .

صحيح مسلم مع النووى : ١٠٦/٣ - ١١٠ فى باب « صفة الوضوء وكماله » .

(٢) استدل به أبو زيد فى إسراره : ٢٢/١ / أ

(٣) استدل به أبو زيد فى إسراره : ٢٢/١ / أ

(٤) حمران - بضم أوله - ابن أبان مولى عثمان بن عفان اشتراه فى زمن أبى بكر الصديق ، ثقة من الثانية ، مات سنة ٧٥ هـ ، روى له الجماعة . انظر : تقريب التهذيب ص ٨٣

وروى ذلك البيهقى فى سننه ٦٢/١ ، ٦٣ عن حمران وغيره وقال : « وقد روى من أوجه غريبة عن عثمان رضى الله عنه ذكر التكرار فى مسح الرأس إلا أنها مع خلاف الحفاظ الثقات ليست بحجة عند أهل المعرفة وإن قال بعض أصحابنا : يحتج بها » أ هـ .

ورواه أيضاً الدارقطنى فى سننه من عدة طرق عن حمران مولى عثمان وعن شقيق بن سلمة أنه رأى عثمان ، وعن عبد الله بن جعفر أن عثمان توضأ ... وفى إسناد عبد الله بن جعفر ، إسحاق ابن يحيى ضعيف . انظر سنن الدارقطنى : ٩١/١ .

(٥) عبد خير بن يزيد الهمذانى أبو عمارة الكوفى ، مخضرم ثقة من الثانية لم يصح له صحبة ، روى له أصحاب السنن . انظر التقريب ص ١٩٧

(٦) روى ذلك البيهقى فى سننه : ٦٣/١ وقال : وقد روى من أوجه غريبة عن علىٍّ بن أبى طالب رضى الله عنه والرواية المحفوظة عنه غيرها . أ هـ .. ثم ذكر الروايات .

وقد روى أنه عليه السلام : « توضأ فغسل وجهه ثلاثاً ، وغسل اليدين مرتين مرتين » [١] . وأما الكلام فى المسألة من حيث المعنى ، فالمعتمد هو التعليق بالمغسول من الأعضاء ، وهو قياس صحيح شبهاً ومعنىً .

أما الشبه : فلأن كل واحد أصل بنفسه فى الوضوء ، لأن المسح أحد قسمى الوضوء كالغسل أحد قسميه .

وأما المعنى : فلأن الوضوء طهارة حكمية ، والغسل والمسح واحد فى الطهارة الحكمية [٢] إلا أن الغسل له زيادة على المسح من حيث الحس ، فأما من حيث الحكم فهما واحد ، وقد شرع التكرار فى أحدهما لتكميله ، وليشرع فى الآخر على ما شرع فى قرينه ، وذلك لتحصل زيادة فى الطهارة بمثل فعل الأول فى محل الأول ، يبينه أن الطهارة تكون بمطهر فلا بد من تجديد مطهر ليزداد الطهارة ، وذلك يكون بماء جديد بفعل جديد مثل الغسل سواء . وهذا معنى فى غاية الوضوح فليعتمد عليه .

أما حجتهم :

من حيث المعنى قالوا : طهارة مسح فلا يسن فيها التكرار كالمسح على الخف والتيمم ، وفقه ذلك وهو إنه لما كان طهارة مسح فقد بنى على الخفة فإذا خف ماءً حتى اكتفى فيه بالبلل دون الماء السيال ، وخف محلاً حتى اكتفى فيه ببعض المحل ، فوجب أن يخف فعلاً حتى يكتفى فيه بالمرة الواحدة .

قالوا : وليس كالإستنجاء ، لأنه فى الأصل طهارة غسل ، وإنما يجوز

---

(١) رواه الترمذى فى سننه : ٥٣/١ مع التحفة فى باب « فيمن توضأ بعض وضوءه مرتين وبعضه ثلاثاً » ، قال أبو عيسى : هذا حديث حسن صحيح .

(٢) فتح البارى نقلاً عن الإصطلام : ٢٩٨/١ .

فيه التمسح بالأحجار رخصة ، ألا ترى أنه لو غسل بالماء يكون أفضل بخلاف مسألتنا .

ولهذا يُكره العدول فى الرأس من المسح إلى الغسل ، وإذا كان الأصل هناك هو الغسل ، والمبالغة بالتكرار فى الغسل مشروع ، لأنه مبنى على الإستقصاء ، والتكرار نوع مبالغة فيليق أن يكون مشروعاً معه إلا أن الرخصة وردت فى استعمال الحجر مكان الماء لنوع ضرورة وحاجة فبقى التكرار المشروع فى أصل الغسل مشروعاً فيه بخلاف مسألتنا .

فإن المسح أصل فى الوضوء بُنِىَ على الخفة فيوفر عليه مقتضى الخفة من كل وجه .

قالوا : وأما التكميل المشروع فى الوضوء فقد حصل فى المسح بالإستيعاب ، لأن التكميل فى الغسل باستعمال طهور فى محل الفرض ، وقد وُجِدَ هذا المعنى فى مسألتنا بالإستيعاب ، لأن البلة على اليد طهور .

ألا ترى كيف يستوعب به الرأس ، ويجوز وقد استعمالها فى محل الفرض .

لأن جميع الرأس محل الفرض فصار هذا مثل استعملها ماء جديد فى الوضوء ثانياً وثالثاً إلا أن هناك لا بد من ماء جديد ليكون طهوراً ، لأن الماء المنفصل على العضو مستعمل ، والبلة على اليد لا يحصل به الغسل فصارت البلة هاهنا كالماء الجديد هناك ، وصار مسح باقى الرأس هنا بمنزلة تضعيف غسل الوجه ، لأن الفرض يستوعب الوجه فلم يمكن تكميله بالإستيعاب فعدل إلى التضعيف .

قالوا : ومَنْ تأمل فى هذا فقد عرف أن الصورتين استويا معنى واختلفا اسماً ولقباً ولا عبرة بالأسامى والألقاب من ذكر تكرار وتثليث وإنما العبرة بالمعانى .

قالوا : ولأن الزيادة إنما تشرع إذا لم يعد بنقص على المزيد عليه ، والزيادة فى الغسل بالتكرار لا تعود بنقص فى المزيد عليه ، لأن الغسل والتكرار مرات فجميعه غسل ، وأما فى المسح فلأنَّا إذا شرعنا فيه التكرار عاد بنقص على أصله ، لأن المسح إذا كرر يخرج عن كونه مسحاً ويلتحق بالغسل فيصير غيره ، وإذا صار غيره عاد بالنقص على المزيد عليه فلم يشرع .

٧/ب يبينه أن النقاوة مطلوبة / فى الغسل والتكرار يزيد فى النقاوة ، وأما فى المسح فلا يطلب إلا مجرد إيصال البلة وبالتكرار لا يزداد هذا المعنى فكأن الثانى هو الأول فلا معنى لفعله واقتصر على مرة واحدة وهذا نهاية تحقيقهم .

الجواب :

أما قولهم : « إن المسح مبنى على الخفة » .

قلنا : هذا لمقابلته بالغسل ، فقولوا على هذا أن الوضوء مبنى على الخفة عند مقابلته بالغسل فوجب أن لا يشرع فيه التكرار ، فيكون التكرار مشروعاً فى الغسل خاصة ، وعلى أنه إن بُنِىَ على الخفة فقد شرعنا تكميلاً لا نقاءً به وهو تكراره مسحاً ، وهذا مثل الإستيعاب عندهم ، فإنه مشروع ولا يقال : إنه بُنِىَ على الخفة فلا يشرع فيه الإستيعاب ، ولكن قيل : قد شرع فيه الإستيعاب بالمسح فلم يناف الخفة ، كذلك نحن شرعنا التكرار بالمسح فلم يناف الخفة .

وأما كلامه الثانى :

قلنا : التكميل المطلوب لا يحصل بالإستيعاب ، لأن التكميل المطلوب زيادة طهارة على الطهارة المفروضة وإذا استوعب فالكل فرض .

ولا نقول : إن بعضه فرض وبعضه نفل ، وإن كان لو اقتصر على البعض جاز وهو مثل ما لو أطال القيام ، فإن الكل فرض ، ولا يقال : إن بعضه نفل وبعضه فرض وإن كان لو اقتصر على مقدار قراءة الفاتحة جاز ، ويمكن أن يقال أيضاً على تسليمنا أن البعض فرض والبعض نفل : أن التكميل بزيادة طهارة فى محل الفرض ، وإذا مسح بعض رأسه فالباقى ليس بمحل الفرض فى هذه الطهارة ، بل إن كان محل الفرض فهو محل الفرض فى طهارة أخرى فلم يحصل التكميل المطلوب على حد التكميل بالغسل إلا بالتكرار ، ويقال أيضاً : إن تكميل الطهارة بزيادة الطهارة وزيادة الطهارة بطهور فأين الطهور ؟

وقولهم : « إن البلة التى على اليد طهور » .

قلنا : هو طهور فى الأصل لا فى التكميل . ألا ترى أن إنساناً آخر لو أخذ من تلك البلة واستعمله فى رأسه للمسح لا يجوز .

وأما الإستيعاب بالبلة فهو ملحق بالأصل ، يبينه أن الإستيعاب تكميل محل المسح فكأن الشرع سن تكميل المحل بالإستيعاب وسن تكميل المسح بالتكرار ليلتحق بالغسل من كل وجه .

وأما قولهم : « إن الزيادة على المسح بالتكرار يعود بالنقص على الأصل » . فليس كذلك ، لأن المسح وإن كرر يكون مسحاً مثل الغسل سواء .

ولهذا لا ينوب عن غسل الوجه ، ولهذا لو حلف أن لا يغسل وجهه فمسح مرات لا يحنث ، وهذا لأنه تكرار شئ فلا يصير غير ذلك الشئ مثل التكرار فى سائر الأشياء لا يصير غيره ، والله أعلم بالصواب .

* * *

(مسألة)

المضمضة والاستنشاق لا يجبان فى الوضوء ولا فى الغسل عندنا .

وعندهم [١] يجبان فى الغسل [٢] .

لنا :

إنهما عضوان باطنان فلا تتعلق بهما الجنابة .

دليله سائر البواطن ، وهذا لأن الغسل يتعلق بالظواهر لا بالبواطن ومعنى قولنا : إنه باطن « أى باطن فى أصل الخلقة » ، فإن الإنسان يُخلق منطبق الفم ، وإنما يفتحه لحاجة الكلام ، والأكل ، وداخل الأنف باطن أيضاً ، لأن قصبة الأنف حائل بينه وبين الإبصار ، ولهذا يقال : داخل الفم والأنف ، والداخل والباطن فى المعنى واحد . يبينه أن الظاهر ما يظهر

---

(١) النكت ورقة : ١٣/ أ ، تفسير الفخر الرازى : ١١/١١٦١ ، الأم : ٢١/١ وهو قول المالكية .

الكافى فى فقه أهل المدينة : ١/ ١٧ ، ١٧٢ ، الإشراف للبغدادى ٧/١ ، الاستذكار : ١٧٣/١

(٢) المبسوط : ٦٢/١ ، تأسيس النظر ص ١١٥ ، وهما سُنَّتان فى الوضوء ، مختلف الرواية ٢١ / ب ، البداية مع فتح القدير : ٥٦/١ ، رؤوس المسائل ص ١٠١ .

وهو رواية عن الإمام أحمد ، المغنى : ١٦٧/١ .

وقال الحنابلة فى المشهور : واجبان فى الطهارتين ، التحقيق ٨٢/١ ، المغنى : ١٦٦/١ ، وعن الإمام أحمد رواية أخرى أن الإستنشاق وحده واجب و، به قال أبو عبيد وأبو ثور ، وابن المنذر .

المغنى : ١٦٦/١ ، الاستذكار : ١٧٢/١

للأبصار والباطن ما يبطن عن الأبصار ، ومعلوم قطعاً أن داخل الفم والأنف غير ظاهرين للأبصار .

دل أنهما باطنان ، ونستدل بالوضوء فنقول : الفم والأنف عضوان مركبان فى الوجه ، وغسل الوجه واجب بنص القرآن فلو كانا محلى وجوب الطهارة بالحدث لكان أولى موضع بذلك ثم نبنى عليه الغسل من الجنابة وغيره ، فلما لم يجب غسلهما فى الوضوء علمنا أن المعنى المسقط ما ذكرناه من بطونهما ، وهذا المعنى موجود فى الغسل فسقط فيه أيضاً .

وأما حجتهم :

تعلقوا بقوله تعالى : ﴿ وإن كنتم جنبا فاطهروا ﴾ [1] ، ومعناه : طهروا أبدانكم ، والبدن اسم لجملة صورة الإنسان ظاهراً وباطناً فكل ما هو من البدن طاهر أو نجس يجب تطهيره بإيصال الماء إليه بحكم ظاهر الآية إلا أن يعجز عنه فيسقط حينئذ بالعجز ، وداخل الفم والأنف يمكن الوصول إليهما فيجب تطهيرهما / بظاهر الآية .

٨ / أ

وقالوا على ذلك موضع من البدن يتيسر الوصول إلى تطهيره فيلحقه حكم الجنابة . دليله سائر المواضع .

قالوا : وقولكم « باطن » هو باطن من وجه ظاهر من وجه . ألا ترى أنه يفتح فمه فيظهر داخل فمه كأنه وجه ويطبق فمه فيسقط كأنه جوف . ولأنه فيما بينه وبين الظاهر ظاهر .

ألا ترى أن الصائم لو وضع شيئاً فى فمه لا يفطر ، وفيما بينه وبين الباطن باطن ، ألا ترى أن الصائم لو ازدرد ريقه لم يفطر فدل أنه ظاهر من وجه باطن من وجه ، وأمر الطهارة يحتاط فيها فما بنى فيها على العموم

---

(١) سورة المائدة : آية (٦) .

والشمول تعلّق به ، ووجب غسله احتياطاً له بخلاف الوضوء ، فإنه لم يبن على العموم والشمول بل إنما يتعلق بمواضع مخصوصة من بدنه فإذا كان باطناً من وجه سقط عنه .

ولهذا يسقط إيصال الماء إلى باطن اللحية فى الوضوء ، لأنه باطن من وجه ووجب فى الغسل لأنه ظاهر من وجه ، وكذلك داخل الخف .

وكان الفرق ما بيّنا أن الغسل عام فإذا كان ظاهراً من وجه تناول عموم الواجب .

وأما الوضوء واجب خاص ، فإذا كان باطناً من وجه خرج عن خصوصه ولم يتعلق إلا بما هو ظاهر من كل وجه .

وتعلقوا بالطهارة من النجاسة فإنها تتعلق بداخل الفم والأنف للمعنى الذى بيّنا من عموم محلها فكذلك فى مسألتنا .

قالوا : ويتبين بهذا فساد تعلقكم بكونه باطناً ، فإن الطهارة من الحدث كما لا تتعلق بالبواطن ، كذلك الطهارة من النجاسة لا تتعلق بالبواطن ، فدل أن المعتبر فى الطهارة التى تعم محلها كون المحل ظاهراً من وجه فحسب . قالوا : وأما غسل وجه الميت فإنما يسقط المضمضة والإستنشاق فى حقه لعذر .

والواجبات تسقط بالأعذار ، والعذر هو العجز الغالب ، فإن الميت تنغلق مفاتحه بالموت فيشق عليه إيصال الماء إلى داخل فمه وأنفه وربما يؤدى التكلف لذلك إلى المثلة بالميت ، ولهذا لا يُسَن أيضاً .

وأما هاهنا لاعذر فى الترك ، ولهذا يُسَن إيصال الماء إليهما فى الحدثين عندكم .

قالوا : وكذلك داخل العين يُسَن إيصال الماء إليه .

وقيل : إن مَنْ داوم على ذلك يعمى ، ونقل أن ابن عمر رضى الله عنه عمى من كثرة إدخال الماء فى العين [1] .

الجواب :

أما الآية قلنا : معنى الآية : فاطهروا أى فاغسلوا والإغتسال قد وُجِد ، وإن ترك المضمضة والإستنشاق ، لأن الإغتسال هو فعل يسمى اغتسالاً وقد فعله . فإن قالوا : إذا ترك المضمضة يسمى مغتسلاً أيضاً ، وإن كان لا يسقط الواجب عنه .

قلنا : كان ترك الاعتداد به لقيام الدليل ، وعلى إنه كان المراد ما ذكروا فتقديره : طهِّروا أبدانكم ما ظهر منها ، لأن هذا التطهير يكون بالإغتسال والإغتسال هو إفاضة الماء على ظاهر بدنه .

وقال النبى عليه السلام : « أما إنى أفيض على رأسى وجسدى فإذا أنا قد طهرتُ » [2] وهذا كلام معتمد .

فأما قولهم : « إنه باطن من وجه ظاهر من وجه » .

قلنا : هو باطن فى أصل الخَلقة على ما سبق ، والمعتبر أصل الخلقة . ألا ترى أن داخل اللحْية باطن بكل وجه لا يظهر بحال لكن لما كان ظاهراً فى الخِلقة تعلّق به حكم الجنابة .

---

(١) ذكره ابن العربى المالكى فى أحكامه : ٥٦٣/٢ ، وذكره القرطبى فى تفسيره : ٨٤/٦ ، ٨٥

(٢) قال الحافظ فى التلخيص الحبير : « هذه اللفظة لا أصل لها من حديث صحيح ولا ضعيف ، نعم وقع هذا فى حديث أم سلمة فى سؤالها للنبى ﷺ عن نقض الرأس لغسل الجنابة فقال لها : « إنما يكفيكِ أن تحثى على رأسك ثلاث حثيات ثم تفيضين عليك الماء فإذا أنت قد طهرت » وأصله فى صحيح مسلم » أ هـ .

التلخيص الحبير : ٥٩/١ ، صحيح مسلم : ١١/٤ ، مع النووى فى باب « حكم ضفائر المغتسلة » ، كما أشار إليه الحافظ رحمه الله .

فأما فى الوضوء إنما يسقط إيصال الماء إليه إذا كانت لحيته كثيفة لأن الوضوء واجب متكرر ، وفى إيصال الماء إليه نوع عسر ومشقة فسقط لدفع الحرج .

وأما الجنابة تندر فلم يشق إيصال الماء إليه فاعتبر كونه ظاهراً فى أصل الخِلقة فوجب إيصال الماء إليه ، وهاهنا لا ظهور فى أصل الخِلقة فالتحق بسائر البواطن ولم ينظر فيه إلى التيسر والتعسر .

قالوا : أليس يسن إيصال الماء إليهما فى الحدثين ؟

قلنا : إنما يسقط الوجوب لأنهما باطنان فى أصل الخِلقة ، ولما كانا يظهران للأبصار فى بعض الأحوال يُسَن إيصال الماء إليهما فأخذ فى صفة الواجبية بأغلب المعنيين وأرجحهما ، وأخذ فى صفة السُنَّة التى أدنى الرتبتين بأدنى المعنيين وأضعفهما .... [1] ولا انفصال لهم عن الوضوء بما ذكروه من خصوصه وعموم الغسل لأنه وإن كان خاصاً فهو عام فى جميع الوجه وهذا من أجزاء الوجه ويدخل / على العموم الذى اعتمدوا عليه ، فصل غسل الميت والذى اعتذروا به ضعيف ، لأنه ينافى أن يجب بقدر الممكن أو يجب فى داخل الأنف ، لأنه لا مشقة فى إيصال الماء إليه ، وأما فصل الطهارة من النجاسة وعلم أن الكلام إذا رجع إلى الإعتبار والتعلق بالمثال ، وأولى المثالين الوضوء لتلحق به الجنابة لأنهما طهارتان عن حدث .

٨/ب

ولأن كل واحد طهارة حكمية غير معقول المعنى ، والطهارة عن النجاسة طهارة حسيّة ، والحكميات بعيد الشبه عن الحسيّات ، وإنما يعتبر فى الحسِّى نفس الوصول إلى موضع تصل إليه اليد بدليل أصل الفم وداخل

---

(١) كلمة غير واضحة فى المخطوطة .

العين فإنه إذا اكتحل بإثمد نجس يجب غسل عينه حتى لو كان بموضع آخر من بدنه نجاسة ، فإذا ضم إليه زاد على قدر الدرهم لا تجوز صلاته .

وكذلك المبالغة تسقط فى الوضوء والجنابة ويجب غسل أصل الفم وأعلى الحلق إذا أصابته نجاسة ، فدل أنهما مختلفان فى الإعتبار ووضع الشرع فسقط تمثيل أحدهما بالآخر والله تعالى أعلم .

* * *

(مسألة)

يجب الوضوء من الملامسة الحاصلة بين الرجال والنساء عندنا.[1] .
وعندهم لا يجب [2] .

والمعتمد نص الكتاب وهو قوله تعالى : ﴿ أو لامستم النساء ﴾ [3] ، واللمس باليد حقيقة بدليل قوله تعالى : ﴿ وأنَّا لمسنا السماء فوجدناها ملئت حرساً شديداً وشهباً ﴾ [4] ، وأراد به اللمس باليد ، ويدل عليه قول الشاعر [5] :

---

(١) النكت ورقة ١١ / أ ، تفسير الفخر الرازى : ١٥٩/١١ ، المهذب : ٤٠/١ ، الأم : ١٢/١ ، ١٣ .

وهو قول المالكية بشرط اللذة ، الاستذكار : ٣٢٢/١ ، المدونة ١٣/١ ، الاشراف للبغدادى : ٢٣/١ ، الجامع لأحكام القرآن ٢٢٣/٥ .

والمشهور عن مذهب أحمد أنه ينقض إذا كان بشهوة ولا ينقض إذا كانت بغير شهوة ، قال فى المغنى : « وهو قول علقمة وأبى عبيدة والنخعى والحكم ومالك والثورى » المغنى : ٢٥٦/١

(٢) المبسوط : ٦٧/١ ، الحجة على أهل المدينة : ٦٥/١ ، والإسرار ٨ / ب شهيد على ، مختلف الرواية : ٢٢ / ب .

وهى رواية عند الحنابلة عن الإمام أحمد قال فى المغنى : « وعن أحمد رواية لا ينقض اللمس بحال وروى ذلك عن على وابن عباس وعطاء وطاووس والحسن ومسروق » أ هـ المغنى : ٢٥٧/١

(٣) سورة النساء : آية (٤٣) ، سورة المائدة : (٦) . وفى المخطوط (أو لمستم) وهى قراءة استدل بها الشافعية .

(٤) سورة الجن : آية (٨) .

(٥) البيت لابن الخياط ذكره فى المحاسن والمساوئ ٣٦٧/١ ، وفى الوساطة بين المتنبى وخصومه ص ٢٢٣ ، وفى الأم للشافعى : ١٣/١ غير منسوب .

لمست بكفـــى كفه أبتغى الغنى　　ولم أدر أن الجود من كفه يعدى

فلا أنا منـه ما أفاد ذوو الغنى　　أفدت وأعدانى فبددتُ ما عندى

فنحن على الحقيقة حتى يقوم دليل قاطع على خلافه ، وقد أيّد هذا ما روى عن عمر [١] ، وابن مسعود [٢] ، وابن عمر [٣] إنهم ذهبوا إلى أن اللمس حدث تمسكاً بحقيقة الآية ، وأما هم حملوا الآية على الوطء ، قالوا : إن اللمس كناية عن الوطء ، ويروون عن ابن عباس أنه قال : إن اللّه حيّى كريم يُكنّى بالحسن عن القبيح فكنّى باللمس عن الوطء [٤] .

قالوا : وهو مثل قوله تعالى : ﴿ ياأيها الذين آمنوا إذا نكحتم المؤمنات ثم طلقتموهن من قبل أن تمسوهن ﴾ [٥] ، و « تماسّوهن » [٦] والمراد منه الوطء [٧] ، وربما رووا عن علىٍّ رضى اللّه عنه على ما يوافق قول ابن عباس فلأنه قرئ : ﴿ أو لامستم النساء ﴾ وذلك هو الجِماع حقيقة ، لأن الملامسة مفاعلة يكون بين اثنين ، فلا يتناول اللمس الذى يقوم به واحد [٧].

قال أبو زيد [٨] : لا بد أن يُحمل اللمس على الوطء لتكون الآية

---

(١) الجامع لأحكام القرآن : ٢٢٤/٥ .

(٢) ذكر ذلك ابن قدامة فى المغنى : ٢٥٧/١ ، الجامع لأحكام القرآن ٢٢٤/٥ .

(٣) ذكر ذلك ابن قدامة فى المغنى : ٢٥٧/١ ، الأسرار : ١/٩/ ب ، الجامع لأحكام القرآن : ٢٢٤/٥ ، الإستذكار : ٣١٩/١ .

(٤) الجامع لأحكام القرآن : ١٠٤/٦ ، ونصه : « اللمس » والمس والغشيان : الجِماع ولكنه عزّ وجلّ يكنى » أ . هـ أحكام القرآن لابن العربى : ٤٤٤/٢ .

(٥) سورة الأحزاب : آية (٤٩) .

(٦) وبها قرأ حمزة والكسائى - وهو من المفاعلة لأن الوطء يتم بهما . الجامع لأحكام القرآن : ١٩٩/٣ .

(٧) الجامع لأحكام القرآن : ٢٢٥/٥ .

(٨) يعنى الدبوسى فى الإسرار ٩ / ب شهيد على .

مشتملة على ذكر الطهارتين أعنى الغسل والوضوء فى حالتى وجود الماء وعدمه ، ولا يكون ذلك إلا إذا حمل اللمس على الوطء ، وإنما قلنا ذلك لأن قوله تعالى : ﴿ يا أيها الذين آمنوا إذا قمتم إلى الصلاة ﴾ [١] .

معناه : إذا قمتم إلى الصلاة محدثين ﴿ فاغسلوا ﴾ إلى آخر الوضوء ، ثم قال : ﴿ وإن كنتم جنباً فاطَّهروا .... ﴾ فصارت الجنابة على الإطلاق مذكورة كما صار الحدث مذكوراً على الإطلاق ، وذلك فى حال وجود الماء ثم قال : ﴿ وإن كنتم مرضى أو على سفر أو جاء أحد منكم من الغائط .. ﴾ معناه : وجاء أحد منكم من الغائط وكنَّى به عن الحدث ، لأنه سبب له .

﴿ أو لامستم النساء ﴾ [٢] ، وفى القراءة الأخرى : ﴿ أو لمستم ﴾ [٣] ، فكنَّى بذلك عن الجنابة ﴿ فلم تجدوا ماءً فتيمموا صعيداً طيبًا ﴾ فصار الحدثان مذكورين فى حالتى وجود الماء وعدمه .

ودلت الآية على جواز التيمم للجنب ، كما يجوز للمحدث على ما هو المذهب [٤] .

وأما قولكم : إذا حملتم اللمس على اللمس باليد لم يكن الطهارة من الجنابة مذكورة فى الآية حال عدم الماء ، بل اقتضى أن لا يجوز التيمم

---

(١) سورة المائدة : آية (٦) .

(٢) قرأ نافع وابن كثير وأبو عمرو وعاصم وابن عامر : « لامستم » بالمد - الجامع لأحكام القرآن : ٥/٢٢٣ ، تفسير الفخر الرازى : ١/١١٥ .

(٣) وبها قرأ حمزة والكسائى ، انظر الجامع لأحكام القرآن : ٥/٢٢٣ ، تفسير الفخر الرازى : ١/١١٥ .

(٤) عند الشافعية .

للجنب على ما قاله عمر وابن مسعود [١] ، لأنهما لم يجوّزا التيمم للجنب حين حملوا اللمس على اللمس باليد .

وأما عليّ وابن عباس فإنهما جوّزا التيمم للجنب ، وحملا اللمس على الوطء .

فدل أن كل مَنْ جوّز التيمم للجنب جوّز أن يحمل اللمس على الوطء .

قالوا : وقد دلت السُنَّة على ما بيّنا فإن الأعمش [٢] روى عن حبيب بن إبراهيم [٣] عن عروة [٤] عن عائشة رضى اللّه عنها أن النبى عليه السلام

---

(١) الجامع لأحكام القرآن : ١٠٣/٦ .

قال القرطبى : « وقد صح عن عمر وابن مسعود أنهما رجعا إلى ما عليه الناس وأن الجُنُب يتيمم وحديث عمران بن حصين نص فى ذلك : « ... عليك بالصعيد فإنه يكفيك » أ . هـ الجامع لأحكام القرآن : ١٠٤/٦ ، وقال القرطبى أيضا فى تفسيره نقلا عن ابن عبد البر قوله : « ولم يقل بقول عمر وعبد اللّه فى هذه المسألة أحد من فقهاء الأمصار من أهل الرأى وحملة الآثار » : ٢٢٣/٥

(٢) الأعمش : وهو سليمان بن مهران الأسدى الكاهلى أبو محمد الكوفى الأعمش ثقة حافظ عارف بالقراءة ورع لكنه يدلس ، من الخامسة ، مات سنة سبع وأربعين أو ثمان وكان مولده أول إحدى وستين سنة . روى له الجماعة ، تقريب التهذيب ص ١٣٦ .

(٣) كذا فى المخطوط ، وفى سنن الترمذى : الأعمش عن حبيب بن أبى ثابت عن عروة . سنن الترمذى مع التحفة : ٨٧/١ .

وهو حبيب بن أبى ثابت بن قيس ، ويقال : هند بن دينار الأسدى مولاهم أبو يحيى الكوفى ثقة فقيه جليل ، وكان كثير الإرسال والتدليس ، من الثالثة ، مات سنة ١١٩ هـ ، روى له الجماعة . تقريب التهذيب ص ٦٣ .

(٤) عروة بن الزبير بن العوام بن خويلد الأسدى أبو عبد اللّه المدنى ، ثقة فقيه مشهور ، من الثانية ، مات سنة ٩٤ هـ على الصحيح ومولده فى أول خلافة عمر الفاروق ، روى له الجماعة ، تقريب التهذيب ص ٢٣٨ .

« قَبَّلَ بعض نسائه وصلى ولم يتوضأ) »، وكذلك روى إبراهيم التيمى [١] عن عائشة .

٩/أ روى الأول أبو عيسى فى جامعه [٢] ، والثانى أبو داود / فى سننه [٣] .

قالوا : والقياس الجلى معنا ، لأن الأصل فى وجوب الطهارة أن نسند وجوبها إلى نجاسة خارجة من البدن ، أو سبب النجاسة فى الغالب ليقام السبب مقام المسبب ، ولا نجاسة يظهر باللمس ولا هو سبب فى الغالب لانفصال النجاسة . فإنَّ اللمس يخلو فى الغالب عن انفصال شئ منه حتى لو تفاحشت المباشرة نقضت الوضوء ، لأنها فى الغالب لا يخلو عن خروج المذى منه ، وكذلك التقاء الختانين لا يخلو فى الغالب عن انفصال المنى منه ، وكذلك النوم فى الحدث الخارج عنه .

قالوا : ولأن السبب إنما يقام مقام المسبب إذا كان فى اعتبار نفس الشئ حرج ظاهر مثل المشقة فى السفر ، واعتدال العقل عند بلوغه سن البلوغ ، واعتبار وجود الماء حقيقة عند ملك اليمين ، فأما إذا لم يكن فى اعتبار نفس الشئ حرج ، فإنه يعتبر نفسه ولا يقام السبب مقامه ومسألتنا من ذلك .

الجواب :

إن التمسك بحقيقة الكتاب واجب حتى يقوم دليل قاطع على الصرف عنه فنحن عليه إلى أن يوجد دليل قطعى على صرفنا عنه ، ولم يوجد .

---

(١) إبراهيم بن يزيد بن شريك التيمى يكنّى أبا أسماء الكوفى العابد ، ثقة إلا أنه يرسل ويدلس ، من الخامسة مات سنة ٩٢ هـ وله أربعون سنة . تقريب التهذيب ص ٢٤ ، تهذيب التهذيب : ١٧٦/١

(٢) سنن الترمذى مع التحفة : ٨٧/١ فى باب « الوضوء من القُبلة » .

(٣) سنن أبى داود مع المعالم : ١٢٣/١ ، ١٢٤ فى باب « الوضوء من القُبلة » .

ورواه ابن أبى شيبة فى مصنفه : ٤٤/١ .

وقد أجمعوا على أن العدول عن حقيقة الكتاب لا يجوز بقول الواحد والاثنين من الصحابة ، وكذلك بالقياس .

وأما قراءة الملامسة فهو لمعنى قوله : ﴿ أو لمستم ﴾ يقال : لامس ، ولَمَسَ بمعنى واحد ، وقد تأتى المفاعلة فى الفعل من الواحد ، كما يقال : سافر وسارع وطارق النعل [1] .

وأما قوله : « إن الحمل على الوطء يفيد جواز التيمم للجُنب » .

قلنا : ومن أين قلتم إنه ينبغى أن يكون هذا الحكم مستفاداً من الكتاب بل نقول : هو مستفاد بالسُنَّة وهو خبر عمار بن ياسر [2] على ما عُرِف فى المذهب . وعلى أن فى الآية تقديماً وتأخيراً [3] إذا قَدَّرناه اقتضت جواز التيمم للجُنب أيضاً ، مع تقرير اللمس على حقيقته ، ويفيد أيضاً ذكر أسباب الحدث جملة بالنص ودلالته .

ووجه ذلك وهو أن قوله تعالى : ﴿ يا أيها الذين آمنوا إذا قمتم إلى الصلاة ﴾ [4] ، معناه : إذا قمتم من النوم ، وقد أفاد النوم وما فى معناه من الجنون والإغماء وغير ذلك ، ثم قوله : ﴿ أو جاء أحد منكم من الغائط ﴾ مقدَّم فى المعنى وإن كان مؤخراً فى التلاوة ، وتقديره : ﴿ يا الذين آمنوا إذا قمتم إلى الصلاة ﴾ يعنى من النوم أو جاء أحد منكم من الغائط ، وقد يتناول ذلك الغائط وما فى معناه من البول والمذى والريح وغيره ﴿ أو لامستم النساء ﴾ ويتناول ذلك اللمس باليد وما فى معناه ﴿ فاغسلوا وجوهكم وأيديكم ﴾ ... إلى آخر المذكور ثم قال : ﴿ وإن كنتم جُنباً فاطَّهروا ﴾

---

(١) الجامع لأحكام القرآن : ٥/٢٢٥

(٢) رواه مسلم فى صحيحه : ٤/٦١ مع النووى فى باب « التيمم » .

(٣) هذا التقدير منقول عن زيد بن أسلم ، أحكام القرآن لابن العربى : ٢/٥٨٤ - ٥٨٥

(٤) سورة المائدة : آية (٦) .

فأفادت الآية ذكر الطهارتين عند وجود الماء مع ذكر أسباب الحَدث والتنبيه عليها ، ثم قال : ﴿ وإن كنتم مرضى أو على سفر أو جاء أحد منكم من الغائط أو لامستم النساء فلم تجدوا ماءً فتيمموا ﴾ (١) ، ينصرف هذا إلى الطهارتين جميعاً ، وأفاد جواز التيمم عن الحَدثين جميعاً وهذا أولى مما قاله لوجوه منها : إنَّا نقرأ اللمس على حقيقته .

ومنها : إنَّا نستفيد على هذا الوجه ذكر أسباب الحَدث (٢) .

ومنها : أنه منقول عن زيد (٣) بن أسلم من التابعين ، وابنه عبد الرحمن ابن زيد (٤) وما قالوه ليس بمنقول عن أحد من السلَف وهو اختراع لتسوية القرآن على المذهب . ويمكن أن يقال أيضا : إنَّا نحمل قراءة اللمس على اللمس باليد ، وقراءة الملامسة على الوطء لتكون الآية أكثر فائدة ، ويحصل ما قالوه من التقرير على قراءة الملامسة وما قلناه على قراءة اللمس وهو جواب حسن إلا أن الأول أحسن .

وأما الحديث الذى رووه فقد قال محمد بن إسماعيل البخارى (٥) : إنه لا يصح لحبيب بن أبى ثابت سماع عن عروة ، ولا لإبراهيم التيمى سماع عن عائشة .

---

(١) سورة المائدة : آية (٦) . (٢) أحكام القرآن لابن العربى : ٤٤٣/١ ، ٤٤٤

(٣) زيد بن أسلم العدوى مولى عمر أبو عبد الله - أو أبو أسامة - المدنى ثقة عالم وكان يرسل، من الثالثة ، مات سنة ست وثلاثين .

تقريب التهذيب ص ١١١ - ١١٢ ، أحكام القرآن لابن العربى ٥٨٤/٢ ، ٥٨٥ .

(٤) عبد الرحمن بن زيد بن أسلم العدوى مولاهم ضعيف من الثامنة ، مات سنة اثنين وثمانين ، روى له الترمذى وابن ماجه انظر : التقريب ص ٢٠٣

(٥) محمد بن إسماعيل بن إبراهيم بن المغيرة الجعفى أبو عبد الله البخارى ، جبل الحفظ وإمام الدنيا ثقة الحديث من الحادية عشرة ، مات سنة ٢٥٦ هـ ، فى شوال وله اثنان وستون سنة .

التقريب ص ٢٩٠ وهو صاحب الصحيح .

نقل ذلك عنه الترمذى فى سننه : ٨٨/١ مع التحفة .

وقال أبو داود فى سننه : وهو مرسل ، إبراهيم التيمى لم يسمع من عائشة : ١٢٤/١ .

وقد قال يحيى [١] بن سعيد القطان : بلّغوا عنى أن هذا الحديث شبه لاشئ [٢] .

وقد أوّله الأصحاب قالوا : يحتمل أنه كانت القُبْلة من وراء حجاب .

وأما دعواهم القياس الجلى فى الباب :

فمعتمدنا نص الكتاب ولا ثبات للقياس معه جلياً كان أو خفيًّا وعلى أنَّا وجدنا هاهنا معنى مؤثراً ، وذلك أن اللمس يجلب الشهوة طبعاً وشرعاً سبب لخروج المذى ، والطهارة عبادة مبنية على الاحتياط فأقيم سبب الخارج مقام الخارج فى وجوبها ، كما أقيم النوم مقام الحدث ، لأنه ميسر لخروجه ، وكذلك أقيم التقاء الختانين مقام خروج المنى ، لأنه جالب لخروجه ، وكذلك اللمس / جالب لخروج المذى .

٩/ب

ويقال : إن القُبْلة برق الجِماع وبريده فتقوم مقام الخارج فى نقض الطهارة .

وأما قولهم : « إنما يقام إذا كان السبب يؤدى إليه فى الغالب » .

قلنا : الغالب لا يعتبر فيما يبنى على الإحتياط بل يعتبر أصل السبب فإن قليل النوم مضطجعاً ينقض الوضوء ، وليس بسبب لخروج الحَدث فى الغالب وكذلك مجرد التقاء الختانين من غير معالجة من التحريك والإيلاج ليس بسبب لخروج المنى فى الغالب ، ومع ذلك يقام مقام خروج المنى .

وقولهم : « إنه ليس فى اعتبار نفس العِلّة حَرَج » .

---

(١) يحيى بن سعيد بن فرّوخ التميمى أبو سعيد القطان البصرى ثقة متيقن حافظ إمام قدوة من كبار التاسعة ، مات سنة ثمان وتسعين وله ثمان وسبعون سنة ، روى له الجماعة . تقريب التهذيب ص٢٧٥

(٢) نقل ذلك عنه الترمذى فى سننه : ١/٨٨ مع التحفة وأبو داود فى سننه : ١/١٢٥ مع المعالم .

قلنا : والحَرج أيضاً غير معتبر بدليل إلتقاء الختانين ، فإنه لا حرج فى إعتبار نفس خروج المنى فإنه يحس بخروجه ، ومع ذلك قد نقل إلى سببه بل خروج المذى عند الملامسة أخفى من خروج المنى عند إلتقاء الختانين فثبت أن المعتبر نفس وجود السبب .

قال أبو زيد : هذا غلو من الشافعى [١] .

قلنا : ومنكم تقصير ، والله الموفق والمستعان على إدراك الصواب ومنه العصمة من الزلل بمَنِّه وفضله .

* * *

(١) الإسرار ورقة ١٠ / أ شهيد على ، ولفظه : « فالشافعى غلا فى الإحتياط » .

(مسألة)

مَسُّ الذكر بباطن الكف ينقض الوضوء عندنا [١] .

وعندهم : لا ينقض [٢] .

لنا : حديث يحيى بن سعيد القطان عن هشام [٣] بن عروة عن أبيه عن

---

(١) النكت ورقة ١١ / أ ، تفسير الفخر الرازى : ١٥٩/١١ ، المهذب : ٤٠/١ ، وهو رواية عند الحنابلة ، المغنى : ٢٤٠/١ ، عارضة الأحوذى : ١١٨/١ .

قال ابن عبد البر : « أما الصحابة القائلون بإيجاب الوضوء من مس الذكر فعمر بن الخطاب ، وابن عمر ، وأبو هريرة - على اختلاف عنه - والبراء بن عازب ، وزيد بن خالد الجهنى ، وجابر بن عبد الله ، وسعد بن أبى وقاص فى رواية أهل المدينة عنه ، .... ثم ذكر من التابعين : ابن المسيب ، وعطاء بن أبى رباح ، وطاووس ، وعروة بن الزبير ، وابن شهاب ، والزهرى ..... ثم قال : « وبه قال الأوزاعى والليث بن سعد والشافعى وأصحابه وأحمد وإسحاق وداود ، والطبرى ... » واختلف قول مالك فيه : فالذى تقرر عليه المذهب عند أهل المغرب من أصحابه أنه مَنْ مَسَّ ذكره أمره بالوضوء ما لم يصل فإن صلى أمره بالإعادة فى الوقت ، فإن خرج الوقت فلا إعادة عليه » أ هـ الاستذكار : ٣١٢/١ ، ٣١٣ . واختلف أصحابه وأتباعه على أربعة أقوال :

القول الأول : أنه لا ينقض مطلقاً ، وبه قال سحنون ، وابن القاسم .

القول الثانى : أنه ينقض مطلقاً ، وبه قال أصبع بن الفرج وعيسى بن دينار .

القول الثالث : الإعادة فى الوقت ، وبه قال ابن القاسم وأشهب ورواية عن ابن وهب .

القول الرابع : اعتبار اللذة فإن مسه بلذة وجب الوضوء وإن لم يكن بلذة فلا وضوء وبه قال أصحابه البغداديون المالكيون .

انظر : الاستذكار : ٣١٣/١ ، الإشراف للبغدادى : ٢٤/١

(٢) المبسوط : ٦٦/١ ، الحجة : ٥٩/١ ، شرح معانى الآثار : ٧٩/١ ، مختلف الرواية ورقة ٢٢/أ .

وهو رواية عن الإمام أحمد قال ابن قدامة : روى ذلك عن علىّ ، وعمار وابن مسعود ، وحذيفة ، وعمران بن حصين ، وأبى الدرداء . المغنى : ٢٤١/١

(٣) هشام بن عروة بن الزبير بن العوام الأسدى ثقة فقيه ربما دلس ، من الخامسة ، مات سنة ١٦٥ هـ ، وله سبع وثمانون سنة ، روى له الجماعة - التقريب ص ١٦٤

بسرة [١] بنت صفوان أن النبى عليه السلام قال : « مَنْ مَسَّ ذكره فلا يصلى حتى يتوضأ » [٢] .

وفى الباب عن أم حبيبة [٢] ، وأبى أيوب [٣] ، وأبي هريرة [٤] وأروى بنت أنيس [٥] ، وعائشة [٦] ، وجابر [٧] ، وزيد بن خالد [٨] ، وعبد اللّه

---

(١) بسرة بنت صفوان بن نوفل بن أسد بن عبد العزى الأسدية صحابية لها سابقة وهجرة ، عاشت إلى ولاية معاوية ، روى لها الأربعة . انظر : التقريب ص ٤٦٦

(٢) أم حبيبة رملة بنت أبى سفيان بن حرب الأموية أم المؤمنين مشهورة بكنيتها ، ماتت سنة اثنين أو أربع ، وقيل تسع وأربعين ، روى لها الجماعة . انظر : التقريب ص ٤٦٨

وحديثها فى الباب رواه الطحاوى فى شرح معانى الآثار : ١/٧٥ ، والبيهقى فى سننه : ١/١٣٠ ، وابن ماجه : ١/١٦٢ .

(٣) أبو أيوب : خالد بن زيد بن كليب الأنصارى ، من كبار الصحابة ، شهدا بدراً ونزل النبى ﷺ حين قدومه عليه ، مات غازيا بالروم سنة خمسين ، وقيل بعدها ، روى له الجماعة .

انظر : التقريب ص ٨٨ ، وحديثه رواه ابن ماجه : ١/١٦٢ ، وفى إسناده إسحاق بن أبى فروة .

(٤) أبو هريرة الدوسى الصحابى الجليل حافظ الصحابة اختلف فى اسمه واسم أبيه ، قيل : عبد الرحمن بن صخر ، وقيل : ابن غنم ، وذهب الأكثر إلى ترجيح الأول ، مات سنة ٥٧ أو ٥٨ أو ٥٩ من الهجرة . روى له الجماعة . انظر التقريب ص ٤٣١

روى حديثه فى هذا الباب : الدارقطنى فى سننه : ١/١٤٧

(٥) أروى بنت أنيس - ذكرها ابن مندة ولم يذكر اسم أبيها - وأخرج حديثها ابن السكن ، والدارقطنى فى العلل ، قال ابن السكن : « لا يثبت » أ هـ . انظر : الإصابة فى أسماء الصحابة : ٤/٢٢١ ، قال الحافظ فى التلخيص : سأل الترمذى البخارى عنه فقال : ما تصنع بهذا ؟ لا تشتغل به ١/١٢٥

(٦) عائشة بنت أبى بكر الصديق أم المؤمنين أفقه النساء مطلقا ، وأفضل أزواج النبى ﷺ إلا خديجة ففيها خلاف شهير ، ماتت سنة ٥٧ هـ ، على الصحيح ، روى لها الجماعة ، انظر : التقريب ص ٤٧٠.

وروى حديثها الدارقطنى فى سننه : ١/١٤٨ ، وقال : فيه عبد الرحمن العمرى ضعيف .

(٧) جابر بن عبد اللّه بن عمرو الأنصارى ثم السّلمى صحابى وابن صحابى غزا تسع عشرة غزوة ، ومات بالمدينة بعد التسعين ، روى له الجماعة انظر : التقريب ص ٥٢ ، روى حديثه فى هذا الباب ابن ماجه : ١/١٦٢

(٨) زيد بن خالد الجهنى المدنى صحابى مشهور ، مات بالكوفة سنة ٦٨ هـ وله خمس وثمانون سنة . روى له الجماعة ، انظر : التقريب ص ١١٢

وروى حديثه فى الباب أحمد فى مسنده : ٥/٩٤ والبزار .

ابن عمر [١] ، ذكره أبو عيسى على هذا الوجه فى جامعه [٢] ثم قال : هو حديث حسن صحيح [٣] ، وحكى عن أبى زرعة [٤] أنه قال : حديث أم حبيبة فى الباب صحيح وهو حديث العلاء بن الحارث [٥] عن مكحول عن عنبسة بن أبى سفيان عن أم حبيبة [٦] .

وروى الدارقطنى من طريق أبى هريرة : « مَنْ مَسَّ ذكره فلا يصلى حتى يتوضأ وضوءه للصلاة » [٧] .

وفى رواية عائشة : « ويل للذين يَمسُّون فروجهم ثم يصلون ولا يتوضؤن » [٨] .

---

(١) عبد الله بن عمر بن الخطاب العدوى أبو عبد الرحمن ولد بعد المبعث بيسير ، واستصغر يوم أحد وهو ابن أربعة عشر سنة وهو أحد المكثرين من الصحابة والعبادلة ، وكان أشد الناس اتباعا للأثر ، مات سنة ثلاث وسبعين ، روى له الجماعة ، انظر : التقريب ص ١٨٢

(٢) يقصد الترمذى فى سننه .

(٣) انظر : سنن الترمذى : ٨٥/١ مع التحفة فى باب « الوضوء من مس الذكر » . ورواه الدارقطنى فى سننه : ١٤٦/١ ، ورواه البيهقى فى سننه : ١٢٨/١ ، واستدل به الشيرازى فى النكت ورقة ١١/ ب ، ورواه أحمد فى المسند : ٣٠٦/٦ ، ٤٠٧

(٤) أبو زرعة : عبد الله بن عبد الكريم بن يزيد بن فروخ الرازى ، إمام حافظ ثقة مشهور من الحادية عشر مات سنة ٢٦٤ هـ ، وله أربع وستون سنة . روى له مسلم والترمذى والنسائى وابن ماجه . التقريب ص ٢٢٦

(٥) العلاء بن الحارث بن عبد الوارث الحضرمى أبو وهب الدمشقى ، صدوق فقيه لكن رمى بالقدَر ، وقد اختلط من الخامسة مات سنة ١٣٦ هـ وله سبعون سنة ، روى له مسلم وأصحاب السنن الأربعة : انظر : التقريب ص ٥٦٨

(٦) انظر : سنن الترمذى : ٨٦/١ مع التحفة .

وروى حديث العلاء بن الحارث الطحاوى فى شرح معانى الآثار : ٧٥/١

(٧) رواه الدارقطنى فى سننه : ١٤٦/١ ، ١٤٧ ، وقال : عقيب حديث بسرة : صحيح .

(٨) رواه الدارقطنى فى سننه : ١٤٧/١ ، ١٤٨ قال وفيه : عبد الرحمن العمرى ضعيف .أ هـ واستدل به الشيرازى فى المهذب : ٤٠/١ ، وقال النووى فى المجموع : ضعيف . المجموع : ٣٥/٢ .

وفى رواية : « إذا أفضى أحدكم بيده إلى فرجه فلا يصلى حتى يتوضأ » [١] .

وهذا اللفظ يقتضى أن يكون المسّ بباطن الكف ، وليس لهم كلام يبالَى به على هذا الخبر .

والذين يقولون إن هذا خبر واحد ورد فيما يعم به البلوى فلا يقبل حتى يُشتهر فى السَلَف العمل به [٢] ، وليس هذا بشئ ، لأن الخبر إذا ثبت فإنه يجب العمل به سواء كان فيما يعم به البلوى أو لا يعم به البلوى وسواء اشتهر فى السَلَف العمل به أو لم يشتهر ، وهذا لأن الرسول ﷺ أدّى هذا الشرع إلى الواحد . فالواحد من أصحابه فيؤديه إلى الناس فكل حكم أمكن التوصل إلى معرفته من جهة الراوى فقد وقع تمام بيانه من النبى عليه السلام ، والحكم وإن كان مما يعم به البلوى ، وقد رواه الواحد من أصحابه ﷺ ، فالتوصل إلى معرفة ذلك من جهة ذلك الواحد ممكن فتّم البيان من النبى عليه السلام ولم يوصف بتقصير فاستوى فى ذلك ما يعم به البلوى وما لا يعم .

لأنه وإن كانت البلوى تعم به ويحتاج إليه كافة الناس ، ولكن إذا أمكن الوصول إلى معرفته حصلت الكفاية ، والإبلاغ التام من غير تفريط ، وأما ضم اشتهار عمل السَلَف به إليه فهو شئ ضمه أبو زيد [٣] إلى هذا الأصل وليس تحته معنى ، لأن العمل بخبر الواحد واجب على كل مَنْ وصل إليه الخبر فلم يعتبر عمل السَلَف به ، وكذلك قال : يعتبر أن يكون

---

(١) رواه الدارقطنى من حديث أبى هريرة : ١٤٧/١

ورواه البيهقى فى سننه : ١٣٣/١ مع اختلاف فى اللفظ .

(٢) الإسرار لأبى زيد ٦ / ب شهيد على .

(٣) كشف الأسرار : ٣٦٨/٢ ، الإسرار : ٣٤/١ / أ مراد ملا .

الراوى فقيهاً [١] . وهذا أيضاً ليس بشئ ، لأن الراوى إذا كان ثقة ونقل على ما سمع فسواء كان فقيهاً أو لم يكن فقيهاً فقد صحت الرواية والنقل وافترض العمل به .

يبيّنه أن لا يعتبر فى الشهادة أن يكون الشاهد فقيهاً مع مبالغة الشرع فى شأنها وزيادة الإحتياط فى بابها ، فكيف يعتبر فى الرواية أن يكون الراوى فقيهاً . وقد حمل بعضهم الوضوء على غسل اليد ، لأنهم كانوا يستنجون بالأحجار ويعرقون فتبتل موضع الإستنجاء ، وذلك البلل نجس فإذا مسّه [٢] بيده فتصيب يده موضع الإستنجاء فتنجس فأمر بالغسل لهذا المعنى .

وهذا المعنى أيضاً باطل ، لأن الوضوء المعهود ، والمعروف فى الشرع هو وضوء الصلاة ، فلا يحمل الوارد فى الشرع على غيره إلا بدليل .

لأنّا روينا فى بعض الروايات : « حتى يتوضأ وضوءه للصلاة » [٣] ، وهذا يسقط التأويل ، ولأن عندهم لا يجب الغسل بمس الذكر ، والذى ذكروه من العلّة فلا يصح ، لأن إيجاب غسل اليد بالشك والتوهم لا يجوز إلا بخبر يقتضى الإيجاب .

وأما حجتهم :

تعلقوا بحديث قيس / بن طلق [٤] عن أبيه [٥] قال : قدمنا على النبى ١٠/أ

---

(١) انظر الإسرار: ٣٤/١ / أ مراد ملا ، كشف الأسرار : ٣٨٣/٢ .
وقال فيه : « إن اختيار أبى زيد ومَنْ تابعه (قول مستحدث) أ هـ .

(٢) انظر : الإسرار : ٧ / أ شهيد على .

(٣) رواه الدارقطنى فى سننه : ١٤٦/١ ، ١٤٧ بلفظ : « فليتوضأ وضوءه للصلاة » .

(٤) قيس بن طلق بن على الحنفى اليمانى ، صدوق من الثالثة وهو من عدة الصحابة روى له الأربعة . التقريب ص ٢٨٣

(٥) طلق بن على الحنفى السحيمى أبو على له وفادة ، روى له الأربعة ، انظر : التقريب ص ١٥٨

عليه السلام فجاء رجل كأنه بدوى فقال : يا رسول الله ، ما ترى فى مس الرجل ذكره بعد ما توضأ ؟ قال : « وهل هو إلا مضغة منه - أو بضعة منه » ذكره أبو داود فى سننه [1] على هذا الوجه .

قالوا : وهذا الخبر أولى ، لأنه ذكر الحكم بعلته ، وما رويتم حكم بلا علة .

قالوا : والقياس معنا ، لأنه عضو منه كسائر أعضائه ، ولأن مسّه لفخذه لا ينقض الوضوء ، وهو عورة فبغير العورة أولى ، ولأنه لو مسَّ الفرج بالفرج لم ينتقض وهو أفحش فباليد أحرى أن لا ينتقض . وكذلك لو مَسَّ ذكر غيره لم ينتقض عندكم وهو الممسوس وهو أولى من نقض وضوء الماس لأن اللذة وهيجان الشهوة إنما يحصل للممسوس ذكره لا للماس .

الجواب :

إن أئمة الحديث قد قالوا : إن أصح شئ فى الباب حديث بسرة بنت

---

(١) سنن أبى داود مع المعالم : ١/١٢٧ فى باب « الرخصة فى مس الذكر » .

ورواه النسائى فى سننه : ١/٨٤ فى باب « ترك الوضوء من ذلك » .

ورواه الترمذى فى سننه : ١/٨٦ مع التحفة فى باب « ترك الوضوء من مس الذكر » .

ورواه ابن ماجه فى سننه : ١/١٦٠ فى باب « الرخصة فى ذلك » .

وقد استدل به فى المبسوط : ١/٦٦ ، ورواه الطحاوى فى « شرح معانى الآثار » : ١/٧٦ مستدلاً به .

ورواه الدارقطنى فى سننه : ١/١٤٩ ، وقال الدارقطنى : قال ابن أبى حاتم : سألت أبى وأبا زرعة عن حديث محمد بن جابر هذا فقالا : قيس بن طلق ليس ممن يقوم به حُجَّة ووهناه ولم يثبتاه » أ هـ

وقد استدل به الدبوسى فى إسراره : ٦ / أ شهيد على .

صفوان ، قالوا : ذكره الساجي [١] ، والبخارى [٢] ، وابن خزيمة [٣] وحكى ذلك عن أبى حاتم [٤] ، وأبى زرعة [٥] ، والأخذ بالأصح أولى ، والأولى أن يقال إن خبرنا متأخر وخبرهم متقدم ، لأن طلق بن عليّ قدم على النبى عليه السلام وهو إذ ذاك يبنى مسجد المدينة فى أول زمن الهجرة [٦] .

وأما خبرنا فقد رواه أبو هريرة وهو متأخر الإسلام وأسلم سنة سبع من الهجرة [٧] .

وإنما يؤخذ بآخر الأمرين من النبى عليه السلام ، وأوّل الأصحاب خبر طلق فقالوا : أراد به المسَ ودونه حائل .

واستدلوا على ذلك برواية الثورى [٨] ، وشعبة [٩] ، وابن عيينة [١٠]

---

(١) الساجي : زكريا بن يحيى بن عبد الرحمن الضبى البصرى الشافعى ، سمع طالوت بن عباد وأبا الربيع الزهرانى وخلق ، وروى عنه أبو أحمد بن عدى ، وأبو بكر الإسماعيلى وخلق سواهم ، وكان من أئمة الحديث ، له : اختلاف الفقهاء وعلل الحديث ، توفى سنة ٣٠٧ هـ وهو فى عشر التسعين .

انظر : سير أعلام النبلاء : ١٤/١٩٧ - ٢٠٠ .

(٢) رواه عنه الترمذى فى سننه : ١/٨٥ مع التحفة .

(٣) انظر : صحيح ابن خزيمة : ١/٢٣ ونصه : « وبقول الشافعى أقول ، لأن عروة قد سمع خبر بسرة منها لا كما توهم بعض علمائنا أن الخبر واهٍ لطعنه فى مروان » أ هـ .

(٤ ، ٥) رواه عنهما الترمذى فى سننه : ١/٨٦ مع التحفة ، صحيح ابن خزيمة : ١/٢٣

(٦) روى ذلك الدارقطنى فى سننه : ١/١٤٨ ، ١٤٩ ، النكت ورقة ١١ / ب / م ، عارضة الأحوذى : ١/١١٨

(٧) عارضة الأحوذى : ١/١١٨

(٨) الثورى : سفيان بن سعيد بن مسروق الثورى أبو عبد الله الكوفى ثقة حافظ فقيه عابد إمام حُجّة من رؤوس الطبقة السابعة وكان ربما دلس . روى له الجماعة ، مات سنة ١٦١ هـ وله ٦٤ سنة التقريب ص ١٢٨

(٩) شعبة بن الحجاج بن الورد العتكى مولاهم أبو بسطام الواسطى ثم البصرى ثقة حافظ متقن ، كان الثورى يقول : هو أمير المؤمنين فى الحديث ، وهو أول مَنْ فتش بالعراق عن الرجال ، وذبٌ عن السُنّة وكان عابداً - من السابعة - مات سنة ١٦٠ هـ ، التقريب : ص ١٤٥ .

(١٠) سفيان بن عيينة بن أبى عمران ميمون الهلالى أبو محمد الكوفى ثم المكى ثقة حافظ فقيه إمام حجة إلا أنه تغير حفظه بآخره وكان ربما دلس لكن عن الثقات من رؤوس الطبقة الثامنة وكان أثبت الناس فى عمرو بن دينار ، مات سنة ١٩٨ هـ ، وله إحدى وتسعون سنة .

روى له الجماعة . التقريب ص ١٢٨ ، ١٢٩

أنه سأل عن مسّه فى الصلاة ، والمصلى لا يمس فرجه من غير حائل بينه وبينه وهذا التأويل ضعيف بالتعليل الذى أشار إليه النبى عليه السلام ، فالأولى ما سبق .

وأما القياس الذى قالوه فلا يُقبل مع النص الوارد فى الباب ، وعلى أنَّا نقول إن مسّ الفرج بآلة المس سبب لخروج المذى فينقض الوضوء احتياطاً كما ينتقض الوضوء بالتقاء الختانين ، وقد ذكرنا سؤالهم هذا ، والجواب عنه فى المسألة المتقدمة .

وأما إذا مسّ بالفخذ فلم يقع المس بآلة المس ، وكذلك فى مسّ الذكر بالذكر ، والمعتمد السنَّة .

* * *

(مسألة)

لا يجب الوضوء بالخارج من غير السبيلين (*) عندنا [1] .

وعندهم : يجب [2] .

لنا :

ما روى حميد الطويل [3] عن أنس [4] « أن النبى عليه السلام احتجم وصلى ولم يتوضأ ولم يزد على غسل محاجمه » [5] وهذا نص .

(*) مثل الدم والحجامة والقئ وغير ذلك .

(1) النكت ورقة ١١ / ب ، وهو قول المالكية ، الإشراف : ٢٥/١ ، المدونة : ٣٨/١

(2) المبسوط : ٨٣/١ ، مختلف الرواية : ٢٢ / ب ، الطريقة الحصيرية : ٦ / أ ، الإسرار لأبى زيد : ١/٥/ أ ، مخطوط ، الحُجّة : ٦٦/١

(3) حميد بن أبى حميد الطويل أبو عبيدة البصرى اختلف فى اسم أبيه على نحو عشرة أقوال ، ثقة مدلس وعابه زائدة لدخوله فى شئ من أمر الأمراء من الخامسة مات سنة ١٤٢ هـ أو ١٤٣ هـ وهو قائم يصلى وله خمس وسبعون سنة ، روى له الجماعة . تقريب التهذيب ص ٨٤

(4) أنس بن مالك بن النضر الأنصارى الخزرجى خادم رسول الله ﷺ ، خدمه عشر سنين ، صحابى مشهور ، مات سنة ٩٢ هـ أو ٩٣ هـ وقد جاوز المائة . روى عنه الجماعة ، تقريب التهذيب ص ٣٩

(5) رواه الدارقطنى فى سننه : ١٥٢/١ ، وقال : ح« ديث رفعه ابن أبى العشرين ووقفه أبو المغيرة عن الأوزاعى وهو الصواب » أ هـ .

وفى إسناده صالح بن مقاتل قال الحافظ ابن حجر : هو ضعيف ، انظر التلخيص الحبير : ١١٣/١

ورواه البيهقى فى سننه : ١٤٠/١ ، ١٤١ فى باب « ترك الوضوء من خروج الدم من غير مخرج الحدث » .

وأما المعنى نقول : إن الطهارة من الحَدث محض تعبد ، وقد علق بسبب فلا يجب تغير ذلك السبب كسائر العبادات لما علقت بأسبابها لا تجب بغير تلك الأسباب .

وإنما قلنا : محض تعبد ، لأن الحَدث الخارج من السبيلين يوجب الوضوء فى الأعضاء الأربعة ، والسبب إذا كان فى موضع والواجب فى موضع آخر لم يكن السبب سبباً معنوياً مؤثراً فى إيجابها كزوال الشمس سبب لصلاة الظهر ، وشهود الشهر سبب لوجوب الصوم ، وليس هذا بسبب معنوى فى إيجابه فكان الواجب محض تعبد ، كذلك هاهنا لما لم يعرف معنى وجوب الوضوء فى الأعضاء الأربعة مع وجود الحَدث فى غيرها لم يبق الوجوب إلا حكماً شرعياً بوصف التعبد المحض فلم يجب بغير السبب المعهود فى الشرع ولم يقبل قياس غيره عليه ، وللأصحاب مسائل إلزامية على أصوالهم تعلقوا بها ونذكرها فى تخريجها على كلامهم ، وعندى : أن الاعتماد على ما ذكرناه .

أما حجتهم :

قالوا : روت عائشة أن النبى عليه السلام قال : « مَنْ قاء أو رعف أو أمذى فى صلاته فلينصرف وليتوضأ وليبن على صلاته ما لم يتكلم » (١) .

وروى تميم الدارى (٢) أن النبى عليه السلام قال : « الوضوء من كل دم سائل » (٣) .

---

(١) رواه الدارقطنى فى سننه : ١/١٥٤ ، ١٥٥ .

(٢) تميم الدارى : هو تميم بن أوس بن خارجة الدارى أبو رقية - بقاف وتحتانية مصغر - صحابى مشهور سكن بيت المقدس بعد قتل عثمان ، قيل : مات سنة ٤٠ هـ ، روى له مسلم والبخارى تعليقاً . والأربعة . انظر : تقريب التهذيب ص ٤٩ ، فى المخطوط البخارى وهو خطأ .

(٣) رواه الدارقطنى فى سننه : ١/١٥٧ ، واستدل به فى « مختلف الرواية » ٢٢ / ب .

قالوا : وروى زيد [١] بن على [٢] بن الحسين عن أبيه عن جده أن النبى عليه السلام قال : « القلس [٣] حَدث » [٤] .

وروى ميمون بن مهران [٥] عن أبى هريرة أن النبى عليه السلام قال : « ليس فى القَطرة والقطرتين وضوء حتى يكون دماً سائلاً » [٦] .

وعن سلمان [٧] أنه رعف فقال له النبى ﷺ : « أحدث لذلك وضوء » [٨] واحتجوا بالخبر المعروف أن النبى عليه السلام قاء فأفطر قال ثوبان : « أنا صببت له الوضوء » [٩] .

---

(١) زيد بن علىّ بن الحسين بن علىّ بن أبى طالب الهاشمى أبو الحسين المدنى ، ثقة من الرابعة وهو الذى ينسب إليه الزيدية ، خرج فى خلافة هشام بن عبد الملك فقتل بالكوفة سنة ١٢٢ هـ وقد ولد سنة ٨٢ هـ ، روى له الترمذى وابن ماجه ، والنسائى فى مسند علىّ بن أبى طالب ، تقريب التهذيب ص١١٣

(٢) على بن الحسين بن علىّ بن أبى طالب ، زين العابدين ، ثقة ثبت عابد فقيه فاضل مشهور ، قال ابن عيينة عن الزهرى : ما رأيت قرشيا أفضل منه ، من الثالثة ، مات سنة ٩٣ هـ . التقريب ص٢٤٥

(٣) القلس : ما خرج من الحلق ملء الفم أو دونه وليس بقئ فإن عاد فهو قئ . أ هـ . القاموس المحيط مادة « قلس » .

(٤) رواه الدارقطنى فى سننه : ١٥٥/١ ، واستدل به فى مختلف الرواية ٢٢ / ب .

(٥) ميمون بن مهران الجزرى أبو أيوب ، أصله كوفى ، نزل الرقة ، ثقة فقيه ، ولى الجزيرة لعمر بن عبد العزيز وكان يرسل ، من الرابعة مات سنة ١١٧ هـ روى له مسلم والأربعة والبخارى فى الأدب المفرد ، تقريب التهذيب ص ٣٥٤

(٦) رواه الدارقطنى فى سننه : ١٥٧/١ .

قال الحافظ فى التلخيص : وإسناده ضعيف جداً وفيه محمد بن الفضل بن عطية وهو متروك » التلخيص ص ١١٣/١ ، واستدل به فى « مختلف الرواية » ورقة ٢٢ / ب .

(٧) سلمان الفارسى أبو عبد الله ، ويقال له سلمان الخير ، أصله من أصبهان وقيل من رامهر ، من أول مشاهده الخندق مات سنة ٣٤ هـ يقال : بلغ ثلاث مائة سنة ، روى له الجماعة . تقريب التهذيب ص ١٣.

(٨) رواه الدارقطنى فى سننه : ١٥٦/١ .

=

(٩) رواه الدارقطنى فى سننه : ١٥٨/١ ، ١٥٩ .

أما تعلقهم بالمعنى قالوا : الخارج نجس ينقض الوضوء ، دليله كما إذا كان من السبيل .

قالوا : ووجه التأثير أن الواجب هو وجوب الطهارة ، فتغيرها بخروج النجس معنوى مؤثر ، لأن الطهارة / لا تجب إلا عن نجاسة فى الأصل . ١٠/ب

لأنها مشروعة لرفعها ، والدليل عليه أن الله تعالى شرع الوضوء ثم قال : ﴿ ولكن يريد ليطهركم ﴾ (١) ولم يقل : ليتعبدكم (٢) ، ولهذا تعلق فى الأصل بالخارج من السبيل لأنه مسلك النجس .

وروى عن بعض الصحابة أنه قال فى مَسِّ الذكر : « إن كان منك شئ نجس فاقطعه » (٣) أى هو طاهر ، فلا يتعلق بمسّه وجوب الطهارة .

وعن بعض الصحابة أيضاً فى رد خبر الإغتسال عن الميت : « إن كان صاحبكم نجساً فاغتسلوا منه » (٤) .

فثبت أن الأصل هو وجوب الطهارة عن النجاسة قالوا : (وأما معنى العبادة التى تقولون فهو تبع ، وكان القياس ألا يجب الغسل حيث

= ورواه الأثرم . انظر المغنى : ٢٤٧/١

ورواه الترمذى فى سننه : ١٢٦/١ ، ١٢٧ مع عارضة الأحوذى .

وقال الترمذى : هذا أصح شئ فى هذا الباب .

ورواه البيهقى فى سننه : ١٤٤/١ وقال : وإسناد هذا الحديث مضطرب ، واختلفوا فيه اختلافاً شديداً والله أعلم ، وهو مذكور مع سائر ما روى فى هذا الباب فى الخلافيات » أ . هـ .

(١) سورة المائدة : آية (٦) (٢) الإسرار لأبى زيد : ٣ / ب شهيد على .

(٣) رواه الطحاوى فى « شرح معانى الآثار » عن قيس بن أبى حازم قال : « قال رجل لسعد : إنه مس ذكره وهو فى الصلاة فقال : اقطعه إنما هو بضعة منك » وفى رواية : « إن كان نجساً فاقطعه ، لا بأس به » : ٧٧/١

(٤) لم أقف عليه .

لا نجاسة إلا أنها وجبت شرعاً تعظيماً لأمر القيام إلى اللّه تعالى فى الصلاة ، وكان يجب أن يغتسل لكل حدث كما فى المنى .

لأن الشرط أن يقدم بنفسه طاهراً إلى اللّه تعالى وقد لزمه حكم النجاسة بخروج النجس إلا أن اللّه تعالى قصر على الظواهر بالخارج المعتاد تيسيراً علينا ، لأنه مما يكثر فبقيت إضافة أصل الوجوب إلى أصل النجاسة على أصل القياس ، والزيادة احتياط لأمر العبادة تعظيماً لأمر هذا القيام) [١] وربما يقولون إن الأصل وجوب الطهارة فى محل النجاسة إلا أن الشرع أقام توضئة الأعضاء الأربعة وتطهيرها مقام الطهارة فى ذلك المحل ، لأن ذلك المحل يخفى فى الغالب والمطلوب تعظيم القيام بين يدى الرب وذلك يكون بفعل الطهارة فى الأعضاء الظاهرة . قالوا : « وأما القهقهة فعندنا [٢] إنما نقضت الوضوء بخلاف القياس نصاً » [٣] وعلى أن الإثم الذى يلحقه بالقهقهة بين يدى اللّه تعالى فى أخص حالة وهو حالة الصلاة جعل فى معنى النجاسة حكماً إلا أن قيام الإثم مقام النجاسة ما عُرِفَ إلا شرعاً فلم يقم إلا فى عين ما ورد به النص .

فثبت أنه لا بد من صفة النجاسة ، ولا بد من صفة الخروج أيضاً ، لأنه لا يخلو عن نجاسات باطنة فلو كانت حَدَثاً لم يطهر بحال ، وأنه لا يمكنه تطهير الباطن عن النجاسات فلا يرد التكليف به ، وإذا كان لا بد من خروج فالخروج هو الإنتقال من محل باطن إلى محل ظاهر فالخروج فى غير

---

(١) ما بين القوسين نقلاً من الإسرار ١/٣/ ب .

(٢) أى عند الحنفية .

(٣) نقل البيهقى عن الشافعى قوله : « لو ثبت عندنا لقلنا به » . ثم قال : « والذى يزعم أن عليه الوضوء فى القهقهة يزعم أن القياس ألا ينتقض ولكنه يتبع الآثار ، فلو كان يتبع منها الصحيح المعروف كان بذلك عندنا حميداً ، ولكنه يرد منها الصحيح الموصول المعروف ويقبل الضعيف المنقطع » أ هـ ، سنن البيهقى : ١/١٤٨

السبيلين بالسيلان عن رأس الجرح . لأن تحت كل جلد رطوبة سيَّالة ، وفى كل عرق دم يظهر ذلك لنا وهو فى محله بزوال البَشرة عن جلده فلم يمكن مجرد الظهور عن باطنه خروجاً فإذا زال عن رأس الجرح فقد انتقل عن محله الذى كان باطناً فيه وصار خارجاً) [١] .

فأما قبل السيلان فهو فى محله على ما كان ، وأما فى السبيلين فإن الخارج قد انتقل عن معدنه ، لأنه لا يظهر على المخرج إلا بالإنتقال عن مضوعه ، وحدّ الخروج هو الإنتقال وقد حصل فتعلق الحكم الشرعى بالخروج وعدمه إلا أن الخروج من السبيلين يكون بنفس الظهور ، وفى غير السبيلين يكون بالسيلان عن رأس الجرح .

قالوا : وأما الدودة والحصاة والولد الجاف إنما نقض الطهارة ، لأن هذه الأشياء لا تخلو عن قليل بلة نجسة [٢] ، وقد بيّنا أن خروج القليل من السبيل ينقض الوضوء .

قالوا : وأما إذا قاء ما دون ملء الفم إنما لا ينقض الطهارة ، لأن الفم فيما بينه وبين الباطن باطن على ما ذكرنا من قبل ، وفيما بينه وبين الظاهر ظاهر وملء الفم ما لا يمكنه ضبطه ، وما دون ملء الفم ما يمكنه ضبطه . وللفم حكمان : فإذا لم يقو القئ على الخروج عن الفم بأن كان دون ملء الفم وأمكنه ضبطه لم يثبت له حكم الخروج ، كما لم يثبت لبزاق يبتلعه حكم دخول من خارج ، وأما إذا كان ملء الفم ولم يمكنه ضبطه ثبت له حكم الخروج ، فتبين أنَّا إنما أدرنا الحكم على الخروج وعدم الخروج .

وأما الريح إنما انتقض الوضوء بخروجها لأنها انفصلت عن موضع النجاسة فلا يخلو من وجود أجزاء النجاسة فيها وإن كانت يسيرة [٣] .

---

(١) ما بين القوسين نقلاً من الإسرار : ١/٣/ ب (ببعض التصرف) .

(٢ ، ٣) الإسرار ٤ / أ شهيد على .

وقال أبو زيد (١) : وعلى أنَّا عللْنا النص الوارد فى وجوب الوضوء بالخارج من السبيلين بعلة مؤثرة وهو بخروج النجاسة إلا أن الحكم فى موضع النص يتعلق بعينه لا بالعلة وفى غيره يتعلق بالعلة فلم يعتبر فى النص ظهور حكم النجاسة وهو وجوب الغسل فى موضع النجاسة ، واعتبرناه فى الفرع فلم نوجب الوضوء ما لم يجب غسل النجاسة عن موضع الخروج ، وقد ذكروا مثل هذا فى مسألة إزالة النجاسة .

الجواب :

أما تعلقهم بالأخبار .

قلنا : الخبر الأول رواه ابن جريج (٢) عن أبيه مرسلاً (٣) .

١١/أ فإن قالوا : / أسنده ابن أبى مليكة (٤) عن عائشة (٥) .

---

(١) فى الإسرار ١/٤/ أ / ب .

(٢) ابن جريج : عبد الملك بن عبد العزيز بن جريج الأموى مولاهم المكى ، ثقة فقيه فاضل ، وكان يدلس ويرسل ، من السادسة ، مات سنة خمسين أو بعدها وقد جاوز السبعين ، وقيل جاوز المائة ولم يثبت ، روى له الجماعة . التقريب ص ٢١٩

(٣) رواه الدارقطنى فى سننه وقال بعد سياقه : « قال لنا أبو بكر النيسابورى - شيخ الدارقطنى - سمعت محمد بن يحيى الذهلى يقول : هذا هو الصحيح عن ابن جريج وهو مرسل ولفظه : أو وَجَدَ مذياً ...... » أ هـ سنن الدارقطنى : ١ / ١٥٥

(٤) ابن أبى مليكة : عبد الله بن عبيد الله بن عبد الله بن أبى مليكة - بالتصغير - ابن عبد الله بن جدعان يقال : اسم أبى مليكة : زهير التيمى المدنى ، أدرك ثلاثين من أصحاب النبي ﷺ ثقة فقيه ، من الثالثة مات سنة ١١٧ هـ .

روى له الجماعة . التقريب ص ١٨١

(٥) رواه الدارقطنى أيضاً فى سننه مسنداً : ١/ ١٥٥

قلنا : تفرد بإسناده إسماعيل بن عياش وهو ضعيف [١] .

وأما الخبر الثانى رواه عمر بن عبد العزيز [٢] عن تميم الدّارى ولم يلقه ، ورواه عن عمر يزيد بن خالد عن يزيد بن محمد وهما مجهولان [٣] .

وأما الخبر الثالث [٤] : رواه عمرو القرشى الواسطى [٥] ، قال أحمد ويحيى [٦] : هو كذاب [٧] .

وأما خبر زيد بن علىّ ، رواه سوار بن مصعب [٨] ، وهو متروك [٩] .

---

(١) قال الدارقطنى : « وأما حديث ابن جريج عن ابن أبى مليكة عن عائشة يرويه إسماعيل بن عياش فليس بشىء » : ١/١٥٥

وإسماعيل بن عياش بن سليم العنسى أبو عتبة الحمصى صدوق فى روايته عن أهل بلده يخلط فى غيرهم ، من الثامنه ، مات سنة إحدى أو اثنين وثمانين . التقريب ص ٣٤ ، وروايته عن غير الشاميين ضعيفة وهذا منها . أهـ . الدراية فى تخريج أحاديث الهداية : ١/٣١

(٢) عمر بن عبد العزيز بن مروان بن الحكم بن أبى العاص الأموى أمير المؤمنين ، أمه أم عاصم بنت عاصم بن عمر بن الخطاب ، ولى إمرة المدينة للوليد ، وكان مع سليمان كالوزير وولى الخلافة بعده فعد مع الخلفاء الراشدين ، من الرابعة ، مات فى رجب سنة إحدى ومائة وله أربعون سنة ، ومدة خلافته سنتان ونصف ، روى له الجماعة . التقريب : ص ٢٥٥

(٣) الخبر رواه الدارقطنى كما تقدم وقال بعد سياق الحديث : « عمر بن عبد العزيز لم يسمع من تميم الدارى ولا رآه ، ويزيد بن خالد ، ويزيد بن محمد مجهولان » ١/١٥٧

(٤) يقصد حديث سلمان المتقدم .

(٥) هو عمرو بن خالد أبو خالد الواسطى متروك الحديث قاله الدارقطنى فى سننه : ١/١٥٦

وقال ابن حجر فى التقريب : متروك ، رماه وكيع بالكذب ، من الثامنة ، مات بعد سنة مائة وعشرين ، روى له ابن ماجه . أ هـ ص ٢٥٩ .

(٦) يقصد يحيى بن معين .

(٧) نقل ذلك عنهما الدارقطنى فى سننه : ١/١٥٦ .

(٨) سوار بن مصعب الهمدانى وهو الذى يقال له « سوار المؤذن » ويقال له « سوار الأعمى » من أهل الكوفة ، كان مما يأتى بالمناكير عن المشاهير ... انظر : المجروحين لابن أبى حاتم : ١/٣٥٦

(٩) قال الدارقطنى فى سننه بعد سياق الحديث : « سوار متروك ولم يروه عن زيد غيره » : ١/١٥٥

وأما خبر ميمون بن مهران عن أبى هريرة رواه سفيان بن زياد [١] عن حجاج بن نصير [٢] ، وهما ضعيفان [٣] ، وعلى أنَّا نحمل الجميع على الإستحباب .

أما قولهم : « خارج نجس » .

قلنا : لا بد من بيان التأثير .

قولهم : « إن الواجب هو الطهارة والطهارة تجب عن النجاسة » .

قلنا : نعم هذا مسلَّم فى الطهارة الحسية ، وأما الطهارة الشرعية فلا يُعرف لها إلا وصف الوجوب فحسب .

ومعنى قولنا : « طهارة شرعية » أنها محض تعبد لا يعقل لها معنى ، والدليل على إنها محض تعبد ما بيَّنا فى أول المسألة .

فإن قالوا : فلِمَ سمى طهارة ولَمْ يسم عبادة ؟

قلنا: تسميته طهارة لا ينافى التعبد ، فيجوز أن يكون طهارة بمحض تعبد ، ويجوز أن يقال : سمى طهارة لأنها يقام بطهور .

يبيِّن ما قلنا أن هذه الطهارة يجوز أن تجب بلا خروج نجاسة أصلاً بدليل الريح والحصاة .

وقولهم : « إن فى خلال الريح أجزاء النجاسة » .

---

(١) سفيان بن زياد بن آدم العقلى – بضم العين المهملة – أبو سعيد البصرى أو البصرى المؤدب صدوق من الحادية عشرة ، روى له الترمذى التقريب ص ١٢٨

(٢) حجاج بن نصير الفساطيطى القيسى أبو محمد البصرى ضعيف ، كان يقبل التلقين ، من التاسعة مات سنة ثلاث عشرة أو أربع عشرة ، روى له الترمذى فقط . التقريب ص ٦٥

(٣) قال الدارقطنى فى سننه ما نصه : « محمد بن الفضل بن عطية ضعيف ، وسفيان بن زياد ، وحجاج بن نصير ضعيفان ، سنن الدارقطنى ١ / ١٥٧

قلنا : هذا خلاف المحسوس ولا تعرف أجزاء نجاسة لا تُرى ولا تُحسّ .

وأما فصل الحصاة فلازم ، وقولهم : « إنه يكون على الحصاة بلة نجاسة » .

قلنا : تصور فيما إذا كانت الحصاة أنقى من الراحة ، وعلى أنه إن ثبت لهم أن الطهارة تنتقض بخروج النجاسة فإيجاب الطهارة فى غير موضع النجاسة لا يُعقل ولا يُعرف .

وقولهم : « إنه أقيم طهارة الأعضاء الأربعة مقام تطهير موضع النجاسة لرفع الحَرَج » .

قلنا : وأى حَرَج فى إيجاب الطهارة فى موضع النجاسة ؟

أليس أنه أمر باستعمال الحجر فى موضع النجاسة فهلّا أوجبتهم ذلك واقتصرتم عليه إن كنتم تعقلون معنى الطهارة ؟

وأما قولهم : « إن فى الأصل وإن أوجبنا لا فى موضع النجاسة ففى الفرع أوجبنا فى موضع النجاسة وفى غير موضع النجاسة » .

قلنا : ولو كان الواجب طهارة عن نجاسة لم يجب إلا فى موضع النجاسة وعلى أنَّا أجبنا عن هذا الأصل الذى يدَّعونه فى مسألة منع إزالة النجاسة بغير الماء من المائعات .

فإن قالوا : سلّمنا لكم هذا الأصل ، وهو أن الطهارة عن الحَدَث طهارة شرعية غير معقول المعنى ، لكن لا شك أنها وجبت بخروج النجس وهذا القَدر معقول ، وإن لم يكن الوجوب معلولاً به فوجب أن يلحق به أمثاله ونظائره وذلك فى كل موضع وُجِدَ خروج النجاسة من الباطن إلى الظاهر .

قلنا : لا بد أن يكون الإلحاق بمعنى فإذا لم يكن معقول المعنى بطل الإلحاق .

وقولهم : « إن خروج النجس معقول » .

قلنا : بلى ولكن غير معلول به ، ولأنَّا بيّنا وجوب الطهارة بلا خروج النجاسة أصلاً ، ثم نقول : إن خروج النجاسة من سائر المواضع لا يشبه خروج النجاسة من السبيلين ، لأن السبيل المعتاد لخروج النجس موضع النجاسة ومسلكها .

وأما الفم والأنف وسائر المسالك ليس بموضع النجاسة ومسلكها فتغلظ هناك الخارج بالمخرج ومثل هذا لا يوجد فى مسألتنا وهو أن يتغلظ شئ بإنضمام شئ آخر إليه فيمتنع إلحاق غيره به .

ألا ترى أن الزنا جناية يتغلظ بالإحصان ثم امتنع إلحاق زنا غير المحصن به ، لأنه لم ينضم إليه ما يوجب تغليظه كذلك هاهنا ، وهذا كلام حسن غير أن الأول كافٍ ، وهو حقيقة المسألة والله أعلم بالصواب .

* * *

(مسألة)

المنى طاهر عندنا [١] .

وعندهم نجس [٢] .

لنا :

ما رواه شريك [٣] عن محمد بن عبد الرحمن [٤] عن عطاء عن ابن عباس قال : سئل النبى عليه السلام عن المنى يصيب الثوب قال : « إنما هو بمنزلة البزاق والمخاط وإنما يكفيك أن تمسحه بخرقة أو بأذخرة » [٥] .

---

(١) النكت ورقة ٢٠ / ب ، روضة الطالبين : ١/١٧ ، الوسيط : ١/٣١٩ ، المنهاج : ١/ ٨٠ ، وقال : « وهو الأصح » ، وهو قول الحنابلة .

التحقيق ١/ ٦٠ ، الإنصاف : ١/ ٣٤٠ ، المغنى : ٢/٤٩٧

(٢) الإسرار للدبوسى ١/١٢ / ب ، شرح معانى الآثار : ١/٥٣ ، المبسوط ١/٨١ ، مختلف الرواية ٢٣ / ب .

وهو قول المالكية ، الإشراف للبغدادى : ١/٤٠١ ، وهو قول للشافعية . المنهاج : ١/ ٨٠

(٣) شريك بن عبد الله النخعى الكوفى القاضى بواسط ثم الكوفة أبو عبد الله ، صدوق يخطئ كثيراً ، تغير حفظه منذ ولى القضاء بالكوفة ، وكان عادلاً شديداً على أهل البدع ، من الثامنة ، مات سنة ١٨٧ أو ١٨٨ هـ .

روى له البخارى تعليقاً ، ومسلم وأصحاب السنن الأربعة . التقريب ص ١٤٥

(٤) محمد بن عبد الرحمن بن أبى ليلى الأنصارى الكوفى القاضى أبو عبد الرحمن ، صدوق سئ الحفظ جداً ، من السابعة ، مات سنة ثمان وأربعين . التقريب ص ٣٠٨

(٥) رواه الدارقطنى فى سننه : ١/١٢٤ ، وقال : « لم يرفعه إلا إسحاق الأزرق عن شريك عن محمد بن عبد الرحمن هو ابن أبى ليلى ثقة ، فى حفظه شئ » .

وعن ابن عباس نفسه كذلك [١] .

قالوا : أليس يروى عن النبى عليه السلام أنه قال لعائشة : « إذا رأيت المنى رطبة فاغسليه ، وإذا وجدته يابساً فافركيه » [٢] .

وأيضاً فإن النبى عليه السلام مَرَّ على عمار وهو يغسل ثوبه من النخامة فقال : « إنما يُغسل الثوب عن خمس : البول والغائط والقئ والدم والمنى » [٣] .

الجواب :

أما الخبر الأول / فلا يُعرف على ما رووا ، وإنما المعروف عن عائشة أنها قالت : « كنتُ أفرك المنى عن ثوب رسول الله إذا كان يابساً وأغسله إذا كان رطباً » [٤] وهذا نقول به على الإستحباب . ١١/ب

وأما الخبر الثانى : لم يروه غير ثابت بن حماد [٥] ، قال الدارقطنى : هو ضعيف جداً [٦] .

---

(١) رواه الدارقطنى فى سننه : ١/١٢٥ ، ورواه الطحاوى : ١/٥٢

(٢) قال ابن الجوزى فى التحقيق : هذا حديث لا يُعرف بهذا السياق ، وإنما نقل أنها هى كانت تفعل ذلك . التحقيق : ١/٦٢ ، التلخيص الحبير : ١/٣٣

(٣) رواه الداقطنى فى سننه : ١/١٢٧

واستدل به الدبوسى فى إسراره : ١/١٣ / أ ، والسرخسى فى المبسوط : ١/٨١

(٤) رواه الدارقطنى فى سننه : ١/١٢٥ ، ورواه مسلم فى صحيحه : ٣/١٩٦ - ١٩٧ مع النووى بلفظ آخر قريباً منه .

(٥) ثابت بن حماد : أبو زيد ، بصرى - عن ابن جدعان ويونس - تركه الأزدى وغيره ، قال ابن عدى : ولثابت أحاديث يخالف فيها وفى أسانيدها الثقات وهى مناكير .

وأورد ابن حجر فى لسان الميزان هذا الحديث : « مر على عمار وهو يغسل » انظر ترجمته فى : لسان الميزان : ٢/٧٥ ، ٧٦

(٦) سنن الدارقطنى : ١/١٢٧ ، ثم قال بعد ذلك : « وإبراهيم بن زكريا ، وثابت ضعيفان » أ هـ .

ومن جهة المعنى نقول : المنى متولد من أصل ليصير أصلاً مثله فلا يكون نجساً ، دليله البيض ، وتأثيره أن نجاسته إما أن يكون من أصله أو من عينه ، فإذا كان من أصله فأصله طاهر فلا يوجب نجاسة متولدة منه ، وإن كان من عينه فليس عينه إلا غذاء مستحيل ، وهذه الإستحالة إلى صلاح وهو تكوّن الولد منه .

والإستحالة إلى صلاحية تكوّن الولد منه كالإستحالة إلى صلاحية تغذّى الولد به وذلك اللبن ، ثم تلك الإستحالة لا توجب النجاسة كذلك هاهنا .

فإن قالوا : إن الإستحالة إلى نتن وقذارة .

قلنا : أما النتن فلأن رائحته رائحة الطلع ، وأما القذارة فقذارة يسيرة مثل قذارة المخاط ، وذلك لا يعتبر .

واستدل الأصحاب بجواز الفرك فى اليابس إذا أصاب الثوب . قالوا : لو كان نجساً لم يجز الإقتناع بالفرك ، لأنه يليّن الموضع ، وليس يستأصل أجزاء النجاسة ، ولهذا المعنى لو أصاب الموضع بعد ذلك ماء فإنه ينجس ، ثم ناقضوا الثوب بالبدن وقالوا: لو أصاب المنى بدنه ويبس لم يطهر بالفرك وهذه مناقضة بيِّنة ولا يتبين بينهما فرق ، والإعتماد على ما سبق .

وأما حجتهم :

قالوا : خارج ينقض الوضوء فيكون نجساً [1] ، دليله البول ، وتأثيره أن وجوب الطهارة إنما يكون عن نجاسة على ما سبق ، فوجوب الطهارة دليل النجاسة قطعاً بل هذا أولى من البول ، لأنه ينقض الطهارة الصغرى والمنى ينقض الطهارة الكبرى .

---

(١) الإسرار لأبى زيد ١/١٤ / أ ، الإشراف للبغدادى : ١/١٠٤

واعترضوا بما قالوه على قولنا : « إنه ليس فى أصله ولا فى عينه مايدل على نجاسته » ، لأنه إن لم يكن فى أصله وفى عينه ما يدل على نجاسته ففى حكمه ما يدل على نجاسته .

قالوا : وأما الإكتفاء بالفرك عند يبسه فإنما كان لدفع الحَرَج [١] ، وذلك لأن المنى يكون حصوله فى الغالب بين بنات الإنسان ويكثر ويتردد على العادات فإنه يوجد بالغشيان وهو يكثر بين الرجال والنساء ، فلو أوجبنا الغسل أدى إلى الحرج بخلاف البول ، فإنه يكون فى المواضع المعتاد من الكنيف والمستراحات (وعلى أن المنى شئ غليظ لزج فإنما يخف على ظاهر الثوب ، ولا يدخل أجزأه فإذا فرك يزول معظمه ، وإنما تبقى أجزاء يسيرة لا يُعتد بها .

وأما فى البدن فقد قال بعضهم : يطهر بالحتّ أيضاً وعلى التسليم قالوا : إن حرارة البدن تتشرّبه فلا يزول إلا بالغسل .

وقد تعلق بعضهم فى الحكم بنجاسة المنى بجريانه فى الموضع وهو داخل القضيب) [٢] وقالوا : « مائع جارى فى مجرى البول فيكون نجساً كالمذى » [٣] .

وتعلقوا من الحكم بالعَلَقة ، وزعموا أنها أخت النُطفة وقرينتها .

قالوا : وبهذا نعترض على قول مَنْ قال من مشايخكم : إن النطفة أصل الآدمى فيكون طاهراً كالتراب ، فإن العَلَقة أصله أيضاً ومع ذلك هى نجسة . ثم قالوا : إن الأصل لنبى آدم ليس إلا التراب [٤] فإن اللّه تعالى قال : ﴿ ومن آياته أن خلقكم من تراب ﴾ [٥] .

---

(١) الإسرار لأبى زيد ١٤ / ب .

(٢) ما بين القوسين نقلا من الإسرار لأبى زيد : ١٤ / ب ، ١٥ / أ شهيد على .

(٣) الإشراف للبغدادى : ١/١٠٤ .

(٤) الإسرار للدبوسى : ١٤ / أ شهيد على .

(٥) سورة الروم : آية (٢٠) .

وإنما النطفة عارض داخل فى الوسط مثل العَلَقة ، فالحكم بنجاستها لايوجب إدخال نقيصةٍ فى كرامات الآدمى مثل العَلَقة سواء .

قالوا : وأما البيض فإنه يحتجب بقشرة عن الفضلات النجسة فى البدن ، وعلى أنه يخرج على الأصل الذى قلناه ، فإنه لم يقم دليل حكمى على نجاسته بخلاف مسألتنا على ما سبق .

الجواب :

أما قولهم : « إنه خارج ينقض الطهارة » .

قلنا : وَلِمَ إذا نقض الطهارة وجب أن يكون نجساً ؟

قالوا : لأن الطهارة لا تجب عن نجاسة .

قلنا : ليس كذلك ، وقد بيَّنا أن الطهارة عن الأحداث محض تعبد ولا يدل الوجوب على النجاسة أصلاً ، وهذا قد سبق بما فيه المقنع والكفاية . يبيِّنه أنه لو كان وجوب الطهارة دليل النجاسة فى الخارج فيجب أن يقال : إن الواجب من الطهارة إذا كان أعظم تكون النجاسة أغلظ وإذا كان الواجب أخف تكون النجاسة أخف كذلك فإن نجاسة البول أغلظ من نجاسة المنى ومع ذلك خروج المنى يوجب الطهارة الكبرى ، وخروج البول يوجب الطهارة الصغرى .

١٢/أ وقد نقض الأصحاب ما قالوه / بالولد الجفاف والحصا ، والإعتماد على ما بينّا .

وأما ما تعلق به مشايخهم من جريانه فى مجرى البول فليس بشئ .

لأن هذا يقتضى أن يكون نجاسة المنى نجاسة مجاورة لا نجاسة عينية . وعندهم أن نجاسة المنى نجاسة عينية ، وعلى أنه لا ينكرأن يكون بين

مجرى المنى ومجرى البول حاجز يمنع اختلاط البول به ، ولهذا المعنى اجتزوا بالفرك من اليابس منه ، وما تنجس بالبول فإنه لا يجتزئ بالفرك فيه .

وأما ما اعتذروا به من اعتبار الحَرَج فلا حَرَج ، وعلى أنه موجود فى المذى ، ولعل ابتلاء الناس به بوجوده فى ثيابهم أكثر منه فى المنى ، ومع ذلك لا يكتفى فيه بالفرك فبطل ما قالوه .

وأما العَلَقة فقد منع بعض أصحابنا ، وقال إنها طاهرة ، ولئن سلّمنا فلأنها دم ، ولا يدل الحكم بنجاسة الدم على نجاسة المنى .

فإن قالوا : إن المنى أيضاً دم إلا أنه أبيض بنار الشهوة ، كما يبيض ماء الورد الأحمر بتصعيد النار [١] .

قلنا: هذا هوس مَنْ يدرى أنه دم ، وإنما خلقه اللّه منيّاً كما هو فى صلبه ، كما خلق البيضة فى جوف الطير كهيئته ، وخلق اللبن فى الضرع كهيئته ، والرجوع إلى قول الطبيعيين باطل .

* * *

---

(١) الإسرار للدبوسى : ١٤ / أ .

(مسألة)

جلد ما لا يؤكل لحمه لا يطهر بذبحه عندنا [1] .

وعندهم يطهر [2] .

لنا :

إن الموجود قتل وليس بذكاة فلا يعمل فى تطهير الجلد .

دليله إذا كان الذابح مجوسياً ، وإنما قلنا ذلك لأن الذكاة فعل شرعى لا يوجد إلا من أهله فى محله ، والمحل مفقود هاهنا ، لأن الذكاة فعل مشروع لحل اللحم بدليل قوله تعالى : ﴿ حرمت عليكم الميتة والدم ولحم الخنزير .... ﴾ إلى أن قال : ﴿ .... إلا ما ذكيتم ﴾ [3] . فعدّ ما حرم أكله ثم استثنى المذكاة فى الحكم الذى وردت له الآية وهو الأكل . والمعنى : لا تأكلوا هذه الأشياء إلا المذكاة « فكلوا » دل أن الذكاة مشروعة للأكل .

ولأن تحريم تعذيب الحيوانات أصل عظيم معقولاً ومشروعاً إلا أن بالناس حاجة إلى اللحوم لمعنى التغذية وهو حاجة عامة ولا يوجد شئ آخر يقوم مقامه فى معناه والميتات خبيثة وكرامة بنى آدم اقتضت تحريم الخبائث

---

(١) النكت : ٥ / ب / أ ، وهو قول أحمد .

المغنى : ٩٦/١ ، الإفصاح : ٦١/١ ، الإنصاف للمرداوى : ٨٩/١

(٢) رؤوس المسائل ص ٩٨ ، مختصر الطحاوى ص ١٧ ، بدائع الصنائع : ٢٧١/١

(٣) سورة المائدة : آية (٣) .

عليهم ، وتحليل الطيبات لهم ، والذكاة معنى مطيب للحم من حيث إنه يسيل النجاسات من الحيوانات مزيل للخبائث بقدر الإمكان ، فإن الله تعالى ببالغ حكمته وعميم كرامته لبنى آدم أباح لهم لحومَ بعض الحيوانات بطريق مخصوص شرعى وهو الذكاة .

وإنما قلنا إنه شرعى لأنه وضع بآلة مخصوصة فى محل مخصوص من فاعل مخصوص ، وشرع أيضاً على وجهة مخصوص على ما هو المعلوم فإذا وجد فيما عدا ذلك من المحالّ لم يكن ذكاة أصلاً ، وإن وُجِدت بصورتها والتحق الفعل بالتخنيق والتوقيذ وغير ذلك ، وإذا ثبت عدم الذكاة ثبتت نجاسة الجلد ، لأنه لو طهر لكان يطهر بالذكاة فإذا لم تكن ذكاة لم يطهر .

وأما حجتهم :

قالوا : جلد يطهر بالدباغ فيطهر بالذكاة [1] ، دليله مأكول اللحم .

ثم استدلوا على وجود الذكاة بصدوره من أهله فى محله .

أما قولنا : « من أهله » فهو المسلم أو الكتابى .

وأما قولنا : « فى محله » لأنه حيوان طاهر عينه فى حال حياته فيكون محل الذكاة ، لأن الذكاة نوع معالجة لطلب منفعة ، فإذا كان الحيوان طاهر العين فى نفسه كان محل هذه المعالجة .

وقولنا : « لطلب منفعة » عنى بذلك منفعة الجلد ، وهو معنى مطيب للجلد مثل الدباغ فى جلد الميتة مطيب له .

---

(١) بدائع الصنائع : ٢٧٢/١

ألا ترى أن فى مأكول اللحم ، فإن الجلد كما يطهر بالدباغ يطهر بالذكاة . لأن كل واحد منهما يعمل عمل صاحبه فى تطييب الجلد ، كذلك هاهنا تعمل الذكاة عمل الدباغ ، وجلد هذا الحيوان يطهر بالدباغ فيطهر بالذكاة .

قالوا : ولا يجوز أن يقال إن منفعة الجلد تبع لمنفعة اللحم [1] فإذا لم يفد الفعل حِلاً فى المتبوع لا يفيد طُهراً فى التبع ، لأنا لا نسلِّم هذه التبعة بل لكل واحد منفعة أصلية ، بدليل أن فى الشاة الميتة لا يحل لحمه بحال ويحل جلده بالدباغ [2] .

قالوا : ولا يجوز أن يقال إن الفعل محظور فى هذا المحل لأنَّا نسلِّم ذلك بل هو مطلق لطلب الجلد ، كما هو مطلق لطلب اللحم فى مأكول اللحم . قالوا : وأما تعلقكم بحرمة تعذيب الحيوان ، تعلق فاسد ، لأنه لا يجوز ذلك إذا كان لا لمنفعة ، فأما لمنفعة فيجوز [3] ، ورووا أن النبى عليه السلام نهى عن / تعذيب الحيوان إلا لمنفعة . ١٢/ب

الجواب :

أنَّا بيَّنا انعدام الذكاة فى مسألتنا ، وكلامهم راجع إلى حرف واحد وهو شرع الذكاة لمنفعة الجلد ، ونقول على هذا : إن الشرع قد شرَّع طريقاً للوصول إلى منفعة هذه الجلود وهو الدبغ بعد موت الحيوان ، والذكاة فعل مشروع للحاجة فإذا عدمت الحاجة ارتفعت المشروعية ، وخرج اللحم على هذا ، لأنه لا طريق للوصول إليه سوى الذكاة .

فإن قالوا : ذاك طريق وهذا طريق .

---

(١) بدائع الصنائع ١ / ٢٧٢ .

(٢) الإسرار لأبى زيد : ٤١ / أ شهيد على .

(٣) فى النسخة غير واضحة ولعلها : فيجوز .

قلنا : شرع الدباغ قد أغنى عن الذكاة المعذبة للحيوان .

قالوا : ما يغنى لأنه يتعجل إليه وصوله بالذكاة ولا يحتاج إلى تربص الموت .

قلنا: الحيوانات غايتها الموت وهو منتفع بها فى الحال بوجه آخر ، فلا ضرر عليه فى التربص ، وقد يصل إلى الجلد بوجه آخر إن احتاج إليه .

فإن قالوا : فإن كانت الذكاة لحليّة اللحم خاصة فَلِمَ طهر الجلد فى مأكول اللحم بالذكاة دون الدباغ ؟

قلنا : لأنه تبع له ، ولأنه يؤكل معه فى كثير من البلدان ، فإذا لم يطهر بطهارته أدى إلى حَرَج عظيم فحكمنا بطهارته دفعاً للحَرَج . والله أعلم بالصواب .

* * *

(مسألة)

عظام الميتات وشعورها نجسة فى الظاهر من مذهب الشافعى [1] .

وعندهم : إنها طاهرة [2] .

لنا :

إنه جزء من الميتة فيكون نجساً كسائر أجزاءها .

وفقه المسألة : وهو أن الأصل أن الميت نجس لقوله تعالى : ﴿ حرمت عليكم الميتة ﴾ [3] وتحريمها يدل على تنجيسها بدليل قرينتها من الدم والخنزير ، ولأن معنى النجاسة فى المحل وجوب التباعد منه وترك الإنتفاع به وتحريمه قد دل على هذين المعنيين فثبت أنه نجس .

وأما الآدمى الميت فلئن قلنا إنه طاهر فهو لاحترامه فيكون مستثنى من هذا الأصل إما بالنص ، أو لمعنى الإحترام .

---

(١) النكت : ٦ / أ م ، المهذب : ٢٢/١

وهو قول المالكية والحنابلة فى القرن والعظم . الكافى فى فقه أهل المدينة : ٤٤/١ ، الإشراف للبغدادى : ٦/١ ، المغنى : ٩٧/١ ، الإفصاح : ٦٢/١ ، الإنصاف : ٩٢/١

(٢) الإسرار : ٣٨/١ / ب ، رؤوس المسائل ص ٩٩

وهو قول المالكية والحنابلة فى الشَعر والصوف ، الإشراف للبغدادى : ٥/١ ، الإنصاف : ٩٢/١ ، المغنى : ٩٩/١ ، الكافى فى فقه أهل المدينة : ٤٤/١ .

(٣) سورة المائدة : آية (٣) .

وإذا ثبت نجاسة الميت فنقول : إن الموت إذا حلّ بالحيوان يحلّه بجميع أجزائه فكما أنه حى بجميع أجزائه وأعضائه وأبعاضه فكذلك إذا مات فهو ميت بجميع أجزائه وأبعاضه وهذا لأن الحيوان ذات تركيب مخصوص يستمد بقاءه من معنى مخصوص فما دام على تركيبه باستمداده فهو حى ، فإذا فنى الإستمداد مات وخرب التركيب ، وكل جزء من الحيوان له قوة الإستمداد وصفة البقاء وفيه الصلاح صفة الحياة وعند انقطاع الإستمداد واتصافه إلى الفناء والفساد فله صفة الممات .

وهذا ثابت لجميع أجزائه لا يختص بجزء دون جزء ، فثبت أن الحياة ثابتة لجميع أجزائه ما دام حياً فإذا مات مات بجميع أجزائه ولئن تكلمنا فى العظام فالكلام فيه أظهر نصاً ومعنى .

أما النص قوله تعالى : ﴿ وضرب لنا مثلا ونسى خلقه ، قال من يُحْيِ العظام وهى رميم * قل يحييها الذى أنشأها أول مرة .... ﴾ (١) .

وأما المعنى فلأن قوام التركيب بالعظام أكثر من قوامه باللحم والذات حى بتركيبه فإذا كان اللحم محلاً للحياة فلئن يكون العظام محل الحياة أولى .

ونستدل من حيث الحكم بالخنزير فإن الإجماع انعقد على نجاسته بعظامه وشعوره ، والإعتماد على ما سبق .

وأما حجتهم :

قالوا : الشعور والعظام ليست بمحل الحياة فلا يكون محل الموت ، ودليل أنها ليست بمحل الحياة أنها لا تحس بشئ ما ، بدليل أن الشَعر يُقطع فلا يحس الحيوان والعظم يُبرد بالمبرد من القرن والسن وغيره فلا يحس به ، ويستحيل وجود الحياة فى محل لا حاسّة له .

---

(١) سورة يس : آية (٧٨ ، ٧٩) واستدل بهذه الآية البغدادى فى إشرافه : ٦/١

وحرفهم أن علامة الحياة الحسّ والتألم فلا يوجد مع فقد علامتها وصار الشَعر كجزء من الجلد يموت ويذهب منه الحسّ والتألم ، فإنه لا يكون محل الحياة ، فكذلك الشَعر فى أصل خلقته .

قالوا : وأما النماء فلا يدل على الحياة بدليل النبات والأشجار ، وعلى أنه إنما تنمو الحياة فى محل نباته لا بحياة فيه بخلاف سائر الأعضاء ، فإن النماء فيها بمعنى لا فى المحل بل لمعنى فى أعيانها .

قالوا : ولا جائز أن يقال إن للعظم حاسّة بدليل وجع الضرس وذلك لأن الوجع وجع اللثة واللحم المتصل بالسن ويظن الإنسان أنه وجع الضرس ، وكيف يتصور أن ذلك من وجع الضرس حقيقة [1] ، ولو قُطِعَ قطعاً أو بُرِدَ بالمبرد لم يألم .

واستدلوا من حيث الحكم فى أنه لا حياة فى الشَعر والعظم بأنه إذا أبين من الحيوان فى حالة الحياة يجوز / الإنتفاع به ولو كان محل الحياة لمات بإبانته منه بدليل قوله عليه السلام : « ما أبين من حى فهو ميت » [2] . وبدليل سائر الأجزاء .

١٣/ب

وقد/أبو زيد فى هذه المسألة [3] : إن الموت ليس بمنجس فى نفسه وإنما

---

(١) الإسرار : ٣٨ / ب شهيد على .

(٢) رواه الترمذى فى سننه : ٢٧٣/٦ مع العارضة فى باب « ما قُطِع من الحى فهو ميت » . ثم قال : « هذا حديث حسن غريب لا نعرفه إلا من حديث زيد بن أسلم والعمل على هذا عند أهل العلم وأبو واقد الليثى اسمه الحرث بن عوف » أ هـ .

ورواه الدارمى فى سننه : ٩٣/٢ فى باب « فى الصيد يبين منه العضو » .

ورواه أبو داود فى سننه : ٢٧٧/٣ مع المعالم فى باب « صيد قُطِع منه قطعة » .

ورواه ابن ماجه فى سننه : ١٠٧٢/٢ فى باب « ما قُطِع من البهيمة وهى حية » .

ورواه الإمام أحمد فى مسنده : ٢١٨/٥

(٣) الإسرار : ٣٩ / أ مخطوط شهيد على .

النجاسة بأحد شيئين إما بتحريم متعلق به وهو تحريم الأكل ، وهذه الأشياء غير مأكولة فلا نجاسة بهذا المعنى أو باتصال من الرطوبات النجسة والدماء السيّالة بالجامد منها .

والعظم والعصب شئ صقيل لا يتعلق به منها شئ فلم ينجس لعدم العلة وصار كالجلد بعد الدبغ بخلاف ما قبل الدبغ فإنه يتصل به الرطوبات النجسة .

قالوا : ولهذا تعاين الشَعر والقرن لا يتعلق بهما شئ من الرطوبات ، واستدل على أن الموت ليس بنجس فى نفسه ، بما ذكرنا من مسألة موت الحيوان الذى ليس له دم سائل ، وذلك مذكور فى الأوساط [1] وقد ذكرنا الطريقة الأولى أيضاً ، ثم زعم أنها لا تأتى فى العصب . وذكر أن الطريقة الأولى أقرب إلى الفقه وأولى بالصواب [2] .

الجواب :

إنَّا دللّنا على وجود الحياة فى الشَعر والعظم ، والحرف المعتمد للأصحاب أن النمو بحياة الحى دليل الحياة فى الشَعر والعظم ، ويمكن أن يقال : جزء نامى بحياة الأصل فينجس بالموت .

دليله الأذن ، وليس كالبيضة ، لأنَّا قلنا : وجب أن ينجس بالموت وموت البيضة ليس بموت الأصل بل بأن لا ينمى فلا ينقلب فرخاً وذلك بأن يصير مذرة [3] فينجس حينئذ ، وأما حياتها فبعاقبتها .

---

(١) هذا كتاب للمؤلف ، ذكره فى كشف الظنون : ٢١٢/١ ، هدية العارفين : ٤٧٣/٢ باسم « الأوسط فى الخلاف » .

(٢) الإسرار لأبى زيد ورقة ٣٩ / أ ، شهيد على .

(٣) مذرة : البيضة إذا فسدت من باب « تعب » وأمذرتها الدجاجة : أفسدتها - المصباح المنير مادة « مذر » .

ألا ترى أن المحرُمِ إذا أخذ بيض الصيد ضمن الجزاء لأنه فى حكم الحى . وعلى أن المذهب فى البيض أنه إن كان غير متصلب فهو كاللبن ينجس وإن كان متصلباً فلا ينجس لأنه ليس بجزء متصل بالأصل بل هو شئ مخلوق فى جوفه بمنزلة الولد فلم يعمل فيه موت الأصل ، وليس كما لو جزّ الصوف أو قطع القرن حيث لا ينجس . لأن الجزّ من الشَعر بمنزلة الذكاة شرعاً [1] كما جعل موت السمك ذكاة شرعياً ، وإنما كان كذلك ، لأن الناس بحاجة إلى الشعور والأوبار ، وفى تركها ضرر بالحيوانات فجعل الشرع أخذها بالجزِّ بمنزلة الذكاة من جملة الحيوان نفعاً للعباد ، وهذا المعنى لا يوجد فى سائر الأعضاء فصارت إبانتها إماتة لها .

وأما الذى اعتمدوا عليه فى هذه الطريقة من التعلق بعدم الحسّ وفقد التألم فإن استقام لهم هذا فى الشَعر فلا يستقيم لهم فى العصب والعظم .

وقولهم : « إن وجع الضرس وجع اللثة » .

فليس بشئ بدليل أن الضرس إذا قُلِعَ يسكن الوجع ، دل أن الوجع كان له ، وعلى إنه لا ينكر أحد حياة العظام فى داخل البدن ومنكر هذا مثل منكر وجود الحياة فى اللحوم والأعصاب .

وقد قال الأصحاب : إنه إن فقد الحسّ للشَعر فإنما فقد أحد علامات الحياة ، وقد وجدت علامة أخرى ، وهو ما ذكرنا من النمو بحياة الحى فإذا كان فوات علامة بإخلاف علامة أخرى لم يدل على فقد الحياة مثل البصر للعين والسمع للأذن والنطق للسان ، فإنه إن فقد البصر للعين وهو علامة حياة العين ، ولكن وجدت علامة أخرى وهو السمع ، والكلام بدون هذا الإستشهاد صحيح مقنع ، وهذا الإستشهاد ضعيف على الأصل الذى أصّلوه .

---

(١) المهذب : ١ /٢٣

وأما الأشجار فقد قال بعضهم : إن لها حياة وهى المغذّية والمنمية والمولّدة . وللحيوان هذه الحياة والحياة الحساسية أيضاً ، وللآدمى هذه الأنواع كلها من الحياة ، والحياة الناطقة أيضاً اختص بها من بين سائر الحيوانات وهذا كلام الحكماء الأوائل ، ولا ينبغى أن نشتغل به .

والجواب المعتمد بالتخريج وهو أنّا استدللنا على حياة الشَعر بنموه بحياة الشخص الحى مثل سائر الأجزاء ، وهذا لا يوجد فى النبات والأشجار . وقولهم : « إن نموه لمعنى فى المحل » .

قلنا : لا ، بل لمعنى فى نفسه ، ولمعنى فى المحل من الإستمداد منه مثل سائر الأعضاء سواء .

وأما الطريقة الثانية التى اعتمدها أبو زيد [1] ، فقد ذكرنا أن الموت منجس بنفسه ودللنا عليه .

وقولهم : « إن النجاسة تكون باتصال الرطوبات والأشياء السيّالة إليه » .

فليس بشئ ، لأن الجلد نجس بكل حال ، ورُبَّ جلد لا يتلوث بشئ من الرطوبات بعد الموت ويكون فى جفافه ونظافته مثل ما كان فى حال الحياة .

فثبت أن الموت منجس بنفسه ، وقد ذكرنا فى تلك المسألة . والله تعالى أعلم بالصواب .

* * *

---

(١) الإسرار : ٣٨/١ / أ مراد ملا .

(مسألة)

إذا كان معه آنيتا ماء إحداهما طاهرة والأخرى نجسة وليس معه غيرها فإنه يتحرى عندنا ، ولا يتيمم [(١)] .

وعندهم : يتيمم ولا يتحرى [(٢)] .

لنا :

إن الإجتهاد له مدخل فى هذا المحل ، والدليل عليه أنه إذا كان معه ثلاثة أوانى طاهرتان ونجسة فإنه يتحرى بالإجماع ولأن الإجتهاد طلب الشرع بدليل واستعمال دليل الشرع فى طلب الشرع مطلق لا يحرم بحال بدليل سائر المواضع ، وأقربها طلب القبْلة عند الإشتباه والتحرى فى ثوبى نجس وطاهر . ويمكن أن يحرر فيقالَ : شرط من شرائط الصلاة يمكن التوصل إليه بالإستدلال فيجب ذلك .

دليله : ما بيَّناه من استقبال القِبْلة وستر العورة .

---

(١) النكت : ٥ / أ / م ، المهذب : ٢/١ ، المجموع : ٢٢٤/١

وهو قول الحنفية إذا كانت الأوانى ثلاثة فأكثر . قال الطحاوى فى المختصر : « ولا يستعمل التحرى إلا فى ثلاثة أوان أو أكثر منها » أ هـ . انظر : المختصر ص ١٧

(٢) الإسرار : ١٣٨/١/ ب نسخة مراد ملا .

والمبسوط : ٢٠١/١ ، مختصر الطحاوى ص ١٧ ، رؤوس المسائل : ص ١٢٢

وقول الحنابلة هو عدم التحرى مطلقاً .

المغنى : ٨٢/١ ، الإفصاح : ٧٢/١

يتبين ما ذكرنا أن الصلاة بالتيمم لا تجوز إلا بشرط عدم الماء فلا يجوز ثبوت العدم باشتباه الطاهر بالنجس ، وإن كانا على السواء كما لو كان عنده ثوبان أحدهما طاهر والآخر نجس وحضرت الصلاة فإنه يصلى فى أحدهما بالتحرى [1] ولا تجوز الصلاة إلا بازارٍ لأن الصلاة عرياناً لا تجوز إلا بشرط عدم الثوب الطاهر فلم يثبت العدم باشتباه الطاهر بالنجس وإن كانا على السواء كذلك هاهنا ، والإعتماد على الأول .

وأما حجتهم :

قالوا : التحرى عمل بما يقع فى القلب ، والعمل بما يقع فى القلب باطل لأنه قد يقع فى القلب من قِبَلِ اللّه ، وقد يقع من قِبَلِ الشيطان فلا يجوز الرجوع إليه وهذا حكمه .

قالوا : وأما القِبْلة فإنما وجب الإجتهاد فيها ، فإن للشرع دلائلاً منصوبة على القِبْلة فليس برجوع إلى مجرد ما يقع فى القلب بل هو طلب القِبْلة بالدلائل المنصوبة عليها من قِبَلِ اللّه تعالى ، وفى الثوبين إنما جاز التحرى ، لأن ستر العورة بالثوب النجس جائز فى الجملة .

وعندنا : لو لم يجد إلا الثوب النجس وصلى فيه يجوز فلم يكن التحرى رجوعاً إلى مجرد ما يقع فى القلب بل استند الجواز إلى دليل شرعى ، وهو جواز الصلاة فى الثوب النجس إذا لم يجد غيره .

وأما هاهنا فإن التحرى عمل بمجرد القلب ولم يرجع جوازه إلى دليل ، وأما إذا كانت الغلبة للماء الطاهر فإنما جاز التحرى ، لأنه وجد دليلاً شرعياً يستند إليه وهو اعتبار الغلبة واعتبار الغلبة أصل عظيم فى الشرع خصوصاً فى المأكولات ، والمشروبات بدليل المعاملات ، فإن مَنْ يكون

---

(١) المجموع : ٢٢٥/١

الغالب على ماله الحلال يجوز المعاملة معه ، وكذلك يجوز التناول من ماله أكلاً وشرباً عند إذنه ومَنْ كان الغالب على ماله الحرام يُكره له ذلك .

وأما أبو زيد [١] قال في هذه المسألة : « إن التحرى باطل متى أصاب ماءً طاهراً بالإجماع فكذلك وإن عدمه ، لأن التراب جُعِلَ خلفاً عنه في إفادة طهارة الصلاة فإذا فات إلى خلف يعمل عمله عند عدمه فلا يثبت العدم حكماً بخلاف الثياب ، فإن التحرى باطل إذا استوى النجس والطاهر وأصاب ثوباً طاهراً ويجوز إذا عُدم الطاهر ، لأنه عدم بلا خلف يعمل عمله في الستر الذى هو شرط الصلاة ، فثبت العدم وتبدل حال الإختيار بحال الضرورة فأبيح بالضرورة ما لا يباح بالإختيار .

قال : ولأن المعارضة وقعت بين التراب والماء تحراه فنحن نقول التراب أولى ، لأن ذلك الماء على الحقيقة يحتمل النجاسة والطهارة ، فلئن كان نجساً فالتيمم طهارة ، وإن كان طاهراً فالتيمم لا ينجس أعضاءه وإن استعمل الماء فإن كان طاهراً فالصلاة تكون بطهارة وإن كان نجساً فالصلاة تكون بنجاسة العضو فيكون حال فساده شراً من التيمم ، وقد استويا في حال الجواز فصار التيمم أولى هاهنا بخلاف الثوب فإن حال نجاسته مساوية بحال العرى » [٢] ويفضل حال اللبس بوجود الستر بالثوب وإن كان نجساً فصار أولى .

الجواب :

أما الطريقة الأولى فهو سعى لإبطال التحرى وهو باطل ، لأن التحرى نوع اجتهاد واستدلال وهو دليل الله تعالى نصبه للعباد ليتوصلوا به إلى

---

(١) الإسرار : ١٣٨/١ ، نسخة مراد ملا .

(٢) من قوله : « إن التحرى .... » إلى قوله : « .... بحال العرى » نقلا من الإسرار : ١٣٨/١ / ب ، ١٣٩ / أ نسخة مراد ملا .

أحكامه فى الشرعيات والرجوع إليه واجب فى كل موضع فكان الرجوع بدليل ما ذكرناه من الاشتباه .

فأما قولهم : « إنه عمل بما يقع فى القلب » .

قلنا : والوقوع فى العمل بما يقع فى القلب جائز بدليل مسألة الثوبين وبدليل مسألة / القِبْلة ، وهذا لأن غالب الظن حُجَّة شرعية عند عدم النصوص . ١٤/ب

وقولهم : « إن فى القِبْلة دلائلاً منصوبة عليها » .

قلنا : إذا اشتبه عليه الدليل ، فإنه بالاتفاق يرجع إلى ما يقع فى قلبه ، وكذلك فى الثوبين وعذره عن الثوبين باطل ، لأنه لو كان الأمر على ما ذكروا لجاز الصلاة فى أيّهما شاء من غير تحرى لحصول ستر العورة به وهذا لأنه يتحرى ويلزمه اللبس عند ما يقع فى قلبه أنه طاهر ، على إعتقاد أنه طاهر .

وقد قالوا : إنه لو اشتبه على الرجل إعداد ما صلى من الركعات أنه يرجع إلى غالب ظنه وهو حكم بمجرد ما يقع فى القلب .

وقد قال أصحابنا فى هذه المسألة : أن التحرى رجوع فى غالب الظن إلى علامات ودلالات مثل ما فى القِبْلة سواء .

وكذلك فى الثوبين إلا أن ما قلناه أولى ، لأنه إذا لم يجد علامة ولا دليلاً ولم يتخيل له شئ فى ذلك فإنه يتحرى أيضاً وليس إلا الرجوع إلى غالب الظن بما يقع فى القلب .

وأما طريق أبى زيد ففى غاية الضعف ، لأن المسألة التى جعلها عماد كلامه ممنوعة على أحد وجهى الأصحاب [1] .

---

(١) المجموع : ١/٢٣٥ ، المهذب : ١/٢١

فإنهم قالوا [1] : إنه يجوز التحرى فى الإنائين وإن كان عنده إناء طاهر بيقين [2] ، وعلى أنَّا سلَّمنا هذه المسألة ، فنقول : إنما لم يجز التحرى فى هذه الصورة ، لأن وجود إناء طاهر عنده بيقين انتصب مانعاً من الإجتهاد [3] مثل النص فى الحادثة . فأما قوله : « إذا عدم ينعدم إلى خلف » .

قلنا : إنما يُصار إلى الخلف إذا لم يمكن الوصول إلى الأصل وقد أمكن بالإجتهاد فصار كما لو أمكن بوجوده يقيناً ، ويمكن أن يقال : إن الإجتهاد خلف عن النص فى العمليات ، فإذا كان عنده إناء طاهر بيقين فقد بيّنا أنه بمنزلة نص يوجد فى الحادثة فإذا عدم فإنما عدم إلى خلف وهو الإجتهاد فى الإنائين ، فكما أن الأصل منع العدول إلى التيمم فخلفه يكون مانعاً أيضاً .

وأما الفصل الثانى : الذى ذكره من ترجيح جانب التيمم فليس بشئ ، لأن اجتهاده لما أدى إلى أن هذا الماء طاهر ووجب العمل به شرعاً صار جواز أنه نجس مُطرّحاً متروكاً ، والتحق هذا الماء بسائر المياه الطاهرة فلا تثبت به نجاسة الأعضاء بوجه ما ، وجواز أنه نجس لم يعتبر .

يبيِّنه أن التحرى دليل ظاهر ، والماء الذى حكم بطهارته فظاهر فسقط جانب التجوزات فيه أصلاً بدليل الماء يجده فى الفلاة ، والماء الذى بخبر الواحد أنه طاهر يجب استعماله ، وسقط جواز أنه نجس ، ثم يقال لهم : الترجيح لجانب التوضئ بالماء الذى يقع له أنه طاهر ، لأنه إذا توضأ بالماء

---

(1) قال فى المهذب : « وإن اشتبه عليه ماءان ومعه ماء ثالث يتيقن طاهرته ففيه وجهان ، أحدهما : لا يتحرى لأنه يقدر على إسقاط الفرض بيقين فلا يؤدى بالإجتهاد كالمكى فى القِبْلة .

والثانى : إنه يتحرى ، لأنه يجوز إسقاط الفرض بالطاهر فى الظاهر مع القُدرة على الطاهر بيقين » أ هـ . المهذب : ٢١/١

(2) المهذب : ٢١/١ ، المجموع : ٢٣٥/١

(3) المهذب : ٢١/١

الذى تحراه كانت صلاته بطهارة حقيقة من وجه ومتى تيمم كان صلاته بغير طهارة حقيقة من كل وجه فكان الترجيح لجانب الوضوء لا لجانب التيمم .

وعلى أنه يبطل جميع ما قالوه بما إذا كانت الغلبة للماء الطاهر ، وعندهم الرجوع إلى مجرد الغلبة تمسك بمحض صورة ، ويبطل بالقِبْلة .

وهذا لأن المجتهد قد تتكاثر عليه الأشباه فى الحادثة الواحدة وإنما يأخذ بشبه واحد ويطرح سائرها ، ولا فرق فيما يطرحه بين أن يكثر عدده وبين أن لا يكثر وقد تعلق مشايخهم بما لو كان عنده إناءان أحدهما بول والآخر ماء فإنه لا يتحرى .

وكذلك إذا اشتبهت الأجنبية بذات المحرم فإنه لا يتحرى فى أمر النكاح . وكذلك على أصلنا فى المسلوختين أحدهما ذكية والأخرى ميتة .

ونحن نقول : الإجتهاد إنما يجوز فى محل الإجتهاد ، وهذه المواضع ليست بمحل الإجتهاد بدليل أنه لا يجتهد وإن كانت الغلبة للماء فى المسألة الأولى ، وكذلك إذا كانت الغلبة للأجنبيات فى المسألة الثانية والمذكيات فى المسألة الثالثة .

وهذا لأنه لا بد من النظر إلى الأصل ليكون الإجتهاد راداً له إلى أصله ويصير اجتهاده وتحريه فيما أدى إليه معتضداً بأصله الذى خلق له ، والبول خُلِقَ على النجاسة والأبضاع فى الأصل على الحُرمة .

وكذلك المساليخ فى الأصل على الحرمة حتى يتحقق شرط الحِل من الذكاة فلم يصادف الإجتهاد فى هذه المواضع محاله ، لأن ردّه فيما يجتهده إلى أصله يوجب الحرمة لا الحِل ، بخلاف مسألتنا ، فإن الماء فى الأصل خُلِقَ طهوراً والتحرى / ردّ له إلى أصله فقد صادف الإجتهاد محله . ١٥/ب

وإنما اعتبر الأصحاب هذا ، لأن دليل العمل غالب الظن ، ولا يوجد غالب الظن إلا باعتضاد ما يقع فى القلب من طهارة الإناء بأصله الذى خُلِقَ عليه ، وهذا كما فى سائر المجتهدات ، فإنه ما من حادثة إلا ولله تعالى فيها حكم ، وعلى ذلك الحكم شبه مغلّب للظن فإذا اجتهد المجتهد يقوى اجتهاده فيما يؤدى إليه بأصله فى الوضع الإلهى فى الحوادث فيوجد قوة الظن من هذا الوجه فيفيد حكمه من العمل الواجب به . والله أعلم .

* * *

(مسألة)

المتيمم إذا رأى الماء فى خلال صلاته فإنه لا يبطل صلاته ولا تيممه ويمضى فيها عندنا [1] .

وعندهم : يبطل تيممه وصلاته ويلزمه التوضئ والاستئناف [2] ، وهو اختيار المزنى [3] ، وابن سريج [4] .

---

(١) المجموع : ٣١٩/٢ ، النكت ورقة ١٤ / ب ، الأم : ٤١/١

وبه قال مالك وإسحاق وأبو ثور وابن المنذر وداود وهو رواية عن الإمام أحمد وهو المشهور فى المذهب عند الحنابلة .

المغنى : ٣٤٧/١ ، الإشراف للبغدادى : ٣٢/١ ، الجامع لأحكام : القرآن ٢٣٥/٥

(٢) بدائع الصنائع : ٢٠٩/١ ، الإسرار لأبى زيد : ١٥٥/١ / أ ، رؤوس المسائل ص ١١٨ ، تأسيس النظر لأبى زيد ص ١١١ .

وهو رواية عن الإمام أحمد : المغنى ٣٤٧/١

(٣) المجموع : ٣١٩/٢ ، مختصر المزنى مع الأم : ٣١/١

المزنى : إسماعيل بن يحيى بن إسماعيل بن عمرو بن إسحاق أبو إبراهيم ناصر المذهب ، وبدر سمائه ، حدَّث عن الشافعى ، ونعيم بن حماد وغيرهما ، روى عنه ابن خزيمة والطحاوى ، قال الشافعى فيه : لو ناظره الشيطان لغلبه ، توفى سنة ٢٦٤ هـ ، طبقات الشافعية للسبكى : ٩٣/٢- ١٠٩

(٤) المجموع : ٣١٩/٢ .

ابن سريج : أحمد بن عمر بن سريج القاضى أبو العباس البغدادى شيخ المذهب وحامل لوائه ، والبدر المشرق فى سمائه ، تفقه على أبى القاسم الأنماطى ، روى عنه أبو القاسم الطبرانى الحافظ .

طبقات الشافعية للسبكى : ٢١/٣ - ٣٩

لنا :

إن اللّه تعالى قال : ﴿ فلم تجدوا ماءً فتيمموا ﴾ [١] وهو معطوف على قوله : ﴿ يا أيها الذين آمنوا إذا قمتم إلى الصلاة فاغسلوا وجوهكم ﴾ [١] .

ومعناه : فلم تجدوا ماءً فتيمموا للقيام إلى الصلاة ، فقد جعل عدم الماء شرط التيمم للقيام إلى الصلاة ، وقد فعل التيمم مع وجود شرطه المشروط له ، وهو عدم الماء ، وإذا تم المأمور به بشرطه فلا يعتبر بعد ذلك قيام الشرط كسائر الأفعال إذا تمت بشروطها لم يعتبر بعد ذلك قيام الشرط كذلك هاهنا .

فإن قالوا : فلم يجب التوضئ لصلاة أخرى ؟

قلنا : لأن اللّه تعالى جعل القيام إلى الصلاة بالتيمم مشروطاً بعدم الماء وقد قام إلى الصلاة الثانية بالتيمم ، والشرط مفقود فلم يجز .

فأما الصلاة الأولى فقد قام إليها بالتيمم مع وجود شرطه والمأمور به إذا استوفى شرطه لم يعتبر بعد ذلك بقاء الشرط ، وهذه طريقة فى غاية المتانة، وسنذكر ما يتكلمون عليه فى حجتهم .

وقد اعتمد فى الفقه عامة الأصحاب طريقة أخرى ، وهى أنه غير قادر على استعمال الماء لحُرمة الصلاة ، فإن الصلاة مانعة من كل ما ينافيها وهى منافية لفعل الوضوء . ألا ترى أنه لو فعلها تبطل صلاته فتصير حُرمة الصلاة مانعة منها وإذا كانت القُدرة معدومة حكماً على هذا الوجه وجب المضى فى صلاته كما لو وجد الماء وبينه وبين الماء حائل من سبع أو غيره .

والطريق الأولى أحسن وأصبر على المحك وسيظهر من بعد .

---

(١) سورة المائدة : آية (٦) .

وأما حجتهم :

قالوا : وجد الماء المقدور على استعماله فينتقض تيممه كما قبل الشروع فى الصلاة . أما الوجود فظاهر ، وأما دليل القُدرة هو أنه قادر على استعماله حسّاً وحقيقة فلو انعدم انعدم حكماً ، ولا بد من دليل على العدم حكماً ، ولا دليل على العدم حكماً ، لأن نهاية ما فى الباب أن يُنسب هذا المعنى إلى حُرمة الصلاة فيقال : إن استعمال الماء يؤدى إلى هتك حُرمة الصلاة فينتصب الصلاة مانعة منه ، وحُرمة الصلاة غير مانعة من الإستعمال لأنه يستعمل الماء ليقيم حُرمة الصلاة ، فلا يؤدى إلى الهتك وهذا (لأن الصلاة ما شُرِعت إلا بالطهارة .

والأصل هو الطهارة بالماء وهو يحصل حقيقة به ، وإنما نُقِلَ إلى التيمم بعذر فيكون إفساد الصلاة فى هذه الصورة لأدائها بالماء أداء الصلاة بالطهارة الحقيقة على سبيل الكمال فيكون تحته إقامة لحُرمة الصلاة على الحقيقة لا إفساداً) [١] .

(ألا ترى أنه إذا وجد الثوب وهو يصلى عارياً ، والثوب بعيد منه تبطل صلاته ويستأنف بالثوب [١] ، لأن فيه أداء الصلاة بستر على الكمال ، ولا يجعل القدرة على لبس الثوب بمنزلة العدم لحُرمة الصلاة ، وكذلك لو خاف فوات وقت الصلاة لو توضأ لا يجوز له التيمم وإن انتقض بالقضاء ، لأن فيه قضاء بوضوء والتفاوت الذى بين الأداء والقضاء فوق التفاوت الذى بين المضى فى الصلاة والإفساد ثم الأداء فى الوقت فلما لم يجعل ذلك التفاوت عذراً فهذا أولى ، وكذلك مَنْ شرع فى الفرض ثم أقيمت الصلاة يقطع الفرض ليؤديه بالجماعة وأصل الجماعة سُنّة والطهارة

---

(١) ما بين القوسين نقلاً من الإسرار لأبى زيد : ٥٥ / ب شهيد على .

(٢) عند الحنفية . انظر : تأسيس النظر للدبوسى ص ١١٢

بالماء فى مسألتنا فريضة ، فثبت أن وجود الماء قد حصل ولم يصر عادماً له حكماً من الوجه الذى قلتم فخرج التيمم من أن يكون طهارة لفوات شرطه فيبطل صلاته كما لو أحدث) [١] .

قالوا : وليس كما لو كان تيمم فى صلاة الجنازة فرأى الماء وهو يخاف فوتها لو اشتغل بالوضوء حيث يمضى فيها .

لأن عندنا صلاة الجنازة لا تقضى [٢] فلو أفسدناها فاتته الصلاة أصلاً ، والماء يجب استعماله لا لعينه بل للصلاة ، فإذا كان لا يفيد فى حق الصلاة لفواتها أصلاً صار عادماً للماء فى حق تلك الصلاة وإن وجد حسّاً [٣] بخلاف مسألتنا .

قالوا : وأما إذا كان يصلى بالتيمم فوجد سؤر الحمار ، فإنه يمضى فى صلاته ثم يتوضأ بسؤر الحمار ويعيد الصلاة [٣] ، ويصير فى المعنى كأنه جمع بين التيمم وسؤر الحمار فى الإبتداء ، وإنما عمل كذلك لأن سؤر الحمار طَهور بالشك ، وقد شرع فى صلاة بطهارة فلا يخرج بالشك كما فى الإبتداء لا يدخل بشك بل يجمع ليزول الشك ، كذلك هاهنا لا يجبر بالشك بل يمضى ثم يتوضأ ويعيد الصلاة ليزول الشك هاهنا .

قالوا : وليس كما لو وجد الماء بزيادة على ثمن المثل حيث يجعل الوجود كالعدم (لأن قدر الزيادة يذهب بلا عوض ، ولذا اعتبرت المحاباة بالهبات فى باب التصرفات وللمال حُرمة وإن قَلَّ فكان له ألا يبذله جزافاً بلا عوض ، فإذا لم يصل إلى الماء إلا ببذله يصير عادماً للماء حكماً .

---

(١) ما بين القوسين نقلاً عن الإسرار ٥٦ / ب شهيد على (ببعض التصرف) .
(٢) الإسرار لأبى زيد : ٥٧ / أ مخطوط شهيد على .
(٣) الإسرار لأبى زيد : ٥٣ / أ شهيد على ، بدائع الصنائع : ٢٢٦/١

ألا ترى أنه إذا كان عرياناً ووجد الثوب بزيادة ثمن على ثمن المثل يصلى عرياناً وبمثله فى مسألتنا لو كان يصلى عرياناً ووجد الثوب ولا يمكنه لبسه إلا بقطع الصلاة قطع الصلاة) [١] .

وحرفهم فى هذه الطريقة أن أداء الصلاة لا يصح إلا بشرط الطهارة وقد فاتت الطهارة فلم يجز المضى فيه ، لأنه بالمضى يؤدى الصلاة بلا طهارة فلا يجوز .

قالوا : فإن قلتم إذا رأى الماء فى تضاعيف الصلاة فلم لا يبنى مثل ما إذا سبقه الحَدَث يبنى على صلاته ؟

(قال : لأن رؤية الماء ليست بحَدَث لعينه ، ولكنه إذا رآه خرج الصَعيد من أن يكون طهوراً فتبطل الطهارة بالصعيد مستنداً إلى أول الإستعمال حتى يكون جُنباً إن كان تيمم من جنابة ومَحْدِثاً إن كان تيمم من حَدَث وإذا استند إلى أول الصلاة امتنع البناء إلا أن الفساد يظهر فى حق الصلاة القائمة دون الصلاة التى فرغ منها وسلّمها إلى اللّه تعالى .

وأما إذا سبقه الحَدَث فإنه تنقطع الطهارة فى الحال ولا يستند فلا يصير ما مضى من الأداء أداءً بحَدَث بحال فأمكنه البناء على جزء مضى على الصحة بدليل شرعى يقوم عليه) [١] .

قالوا : ونظير رؤية الماء فى خلال الصلاة انقضاء مدة المسح فى خلال الصلاة فإنه تبطل صلاته فلا يجوز له المضى ، ويجب عليه الإستئناف ، كذلك هاهنا .

---

(١) ما بين القوسين نقلاً من الإسرار (ببعض التصرف) ، انظر : الإسرار : ٥٦/أ شهيد على .

(٢) ما بين القوسين نقلاً من الإسرار (ببعض التصرف) ، انظر : الإسرار : ٥٦/ب شهيد على .

(قالوا : وأما قولكم فى الإبتداء أن البدل شرع لصحة الشروع فى الصلاة وقد صح بشرطه فلا يعتبر دوام الشرط من بعد .

قال : التيمم ما شرع للشروع فحسب بل شرع للشروع والأداء جميعاً ، ولو قيل الأداء فحسب فهو صحيح إلا أنه شرط للشروع ، لأن الإفتتاح لايوجد إلاّ متصلاً بالأداء فشرط له شروط الأداء ، وإذا كان البدل مشروعا للأداء ولم يتم الأداء بعد اعتبر قيام الشرط ليبقى البدل مشروعا فإذا سقط وجود الأصل لم يصح الأداء بعده) [1] .

وحرف الإعتراض أن الأداء لا يصح إلاّ ببدل مشروط بقيام عدم الماء فإذا وجد الماء فات وبطل الأداء .

(قال : وليس كما لو وجد هَدى التمتع بعد صوم الثلاثة قبل السبعة حيث لا يعود إليه ، لأن الهَدى ليس بنُسك مقصود بل هو مشروع للتحلل وبصوم الثلاث قد حصل التحلل فسقط الرجوع إلى الهَدى ، لأنه لما تحلل وقد كان وجب التحلل عليه فسقط وجوبه كما لا تجب الطهارة إلا للصلاة ، وهاهنا الطهارة مشروعة للحاجة إلى أداء الصلاة والحاجة باقية على ما مرَّ) [2] .

الجواب :

أما الطريقة الأولى فهى أمتن الطريقتين ووجه تمشيها ودفع اعتراضهم عليها أن الصلاة مشروطة بالطهارة ، والطهارة بالتراب مشروطة بعدم الماء وقد أتى بالتيمم مقارناً بشرطه المشروط فيه فلا يعتبر بعد ذلك قيام العدم ، لأن الشرائط متى عملت عملها لم يعتبر وجودها من بعد .

---

(١) ما بين القوسين نقلاً من الإسرار (ببعض التصرف فى العبارات) . انظر : الإسرار ٥٦/ب شهيد على .

(٢) ما بين القوسين نقلاً من الإسرار (ببعض التصرف) ، انظر : الإسرار : ٥٦ /ب شهيد على .

وعلى هذا نقول : إذا وُجِدَ الماء قبل الشروع فى الصلاة يبطل تيممه لا لأنَّا جعلنا قيام العدم شرطاً لازماً لبقاء التيمم بل إنما أبطلنا تيممه وأمرناه بالوضوء بدليل مستخرج من نص الكتاب وهو أن اللّٰه تعالى قال : ﴿ فلم تجدوا ماءً فتيمموا ﴾ (١) .

/ وقد بيَّنا أن المعنى : فتيمموا للقيام إلى الصلاة ، والمراد من القيام هو الشروع فقد جعل عدم الماء شرطاً للشروع فى الصلاة بالتيمم فإذا كان الماء موجوداً فُقِدَ الشرط المشروع ، وهذا لا يوجد فى أثناء الصلاة فرجعنا إلى الأصل الممهد فى الشرع وهو أن الشئ إذا تم بشرطه لا يعتبر قيام الشرط من بعد . ١٦/أ

فأما قولهم : « إن هذا الشرط للشروع والأداء جميعاً » .

قلنا : ظاهر النص لا يُترك وقد جعله اللّٰه تعالى شرط الشروع ثم نقول : إن أداء الصلاة مشروطة بالطهارة وهو عند المضى فى مسألتنا مؤدى للصلاة بطهارة وهو طهارة التيمم غير أن هذه الطهارة لها شرط وقد فعلها بشرطها ، وقيام الدليل عند الشروع اعتبرناه بالدليل المستخرج من النص على ما سبق فلم يعتبر فيما وراء الشرع وصَحَّ الأداء لأنه أداء بطهارة وقد تمت بشرطها هذا هو نهاية هذه الطريقة .

وقد خرَّج على هذه الطريقة فصل العارى ، لأن الستر شرط الصلاة ولا ستر مع القُدرة ، وهاهنا الطهارة شرط ، والطهارة موجودة إلا أنها بالتراب ، وكذلك إذا أحدث فى خلال الصلاة فقد فاتت الطهارة ، وكذلك إذا مضت مدة المسح فقد ظهر الحَدَث القائم فى الرجل .

فإن قالوا : وهاهنا إذا رأى الماء فقد ظهر الحَدَث السابق الذى تيمم له .

---

(١) سورة المائدة : آية (٦) .

قلنا : لا يظهر ، لأنه لو ظهر يظهر باعتبار شرط قيام عدم الماء بجواز التيمم وقد بيَّنا أنه غير معتبَر .

وأما المسح فرخصة موقوتة بالنص فإنه ما ورد إلا كذلك .

فإن قالوا : وهذا أيضاً موقوت بوجود الماء .

قلنا : لا ، فإن اللَّه تعالى قال : ﴿ فلم تجدوا ماء فتيمموا ﴾ أطلق إطلاقاً فهو طهارة صحيحة مطلقة عند وجود شرطها وبطلانه عند رؤية الماء لصلاة أخرى بدليل آخر على ما سبق ولا بد من تمشية هذه الطريقة من فضل قوة فى الجدال واللَّه الموفق بمَنِّه .

أما الطريقة الثانية : فغاية ما يمكن الجواب عن اعتراضهم أن ندَّعى أن الطهارة بالتيمم والوضوء واحد والصلاة بهما على صفة الكمال ولا تفاوت بين الصلاة بالوضوء والصلاة بالتيمم بوجهٍ ما إلا أن الماء طهور فى حال والتراب طهور فى حال ، وإذا كان الأمر هكذا فيصير إفساد هذه الصلاة للوصول إلى صلاة أخرى لا زيادة ولا تفاوت فتصير حُرمة الصلاة مانعة منه ، وعلى هذا ينبغى أن ندَّعى التيمم يرفع الحَدَث فى حق الصلاة المؤداة مثل الوضوء سواء .

وأما فصل العارى إذا وجد الثوب وبينهما مسافة فقد منع فى وجه بعيد وعلى أن اللبس غير منافٍ للصلاة بدليل أنه لو كان قريباً منه يلبس ويمضى فى صلاته فتتحقق القُدرة بخلاف مسألتنا ، فإن نفس الوضوء منافٍ للصلاة فتصير الصلاة مانعة منه .

وأما الحَدَث المعترض فى خلال الصلاة ، فإنما أفسد الصلاة لأنه مبطل للصلاة لعينه ، فإذا وُجدَ عينه فلا بد من إبطاله الصلاة . وأما رؤية الماء يبطل الصلاة بواسطة القُدرة على استعماله ولم يوجد ، وكذلك مسألة

انقضاء مدة المسح يخرج على هذا الأصل ، فإنه إذا انقضت المدة وطهر الرجل فثمَّ حَدَث قائم فى الرجل فصارت كنفس الحَدَث وهم يدَّعون هكذا فى مسألتنا .

والجواب : لا يمكن إلا بدعوى رفع الحَدَث بالتيمم على الإطلاق فى حق الصلاة بخلاف مسح الخف وهو فى نهاية الصعوبة .

وقد تمسك المزنى أيضاً بفصل العدَّة وهو إذا قدرت على الأقراء فى خلال الشهور (١) ، وليس يرد هذا على الطريقة الأولى ، وعلى الطريقة الثانية مانع من المصير إلى الأقراء بخلاف مسألتنا على ما سبق بيانه . والله تعالى أعلم بالصواب .

* * *

(١) قال فى المختصر : « إن عِدَّة مَنْ لم تحض : الشهور ، فإن اعتدَّت بها إلا يوماً ثم حاضت ، أن الشهور تنتقض لوجود الحيض فى بعض الطهر ، فكذلك التيمم ينتقض ، وإن كان فى الصلاة وجود الماء كما ينتقض طهر المتوضئ وإن كان فى الصلاة إذا كان الحَدَث » أ هـ .

انظر : مختصر المزنى مع الأم : ١/٣٢ ، ٣٣

(مسألة)

إذا كان عند المسافر من الماء ما يكفى لبعض أعضائه لزمه استعماله ثم يتيمم للباقى على أحد قولى الشافعى [١] .

وعندهم : يتيمم ، ولا يلزمه استعماله [٢] وهو القول الثانى [٣] واختيار المزنى [٤] .

لنا :

إنه مأمور بتحصيل الطهارة فى الأعضاء الأربعة ، وقد قدر على تحصيل بعضها فتجب عليه ، كما لو كان عليه نجاسة فى أعضائه فوجد من الماء ما يغسل به بعض النجاسة لزمه بقدره ، وكذلك لو كانت عورته مكشوفة فوجد من الساتر ما يستر به بعض العورة .

١٦/ب ومن غير هذا الباب إذا وجد المضطر من الطعام بعض ما يسدّ به / رمقه لزمه تناوله ثم يعدل إلى الميتة ، وهذا لأن مَنْ لزمه فعل شئ فإذا قدر على البعض وعجز عن البعض يلزمه بقدر المقدور عليه وسقط بقدر المعجوز عنه .

---

(١) النكت ورقة ١٦ / ب ، مختصر المزنى : ٣٦/١ مع الأم ، الأم ٤٢/١ وبه قال الحنابلة المغنى : ١ / ٣١٤

(٢) أحكام القرآن للجصاص : ٣٧٤/١ ، رؤوس المسائل ص ١١٥ ، المبسوط : ١١٣/١ ، الإسرار ورقة ٥١ / ب شهيد على .

وهو قول المالكية ، الإشراف للبغدادى ٣٥/١

(٣) النكت ورقة ١٦ / ب ، مختصر المزنى : ٣٧/١ مع الأم ، الأم : ٤٢/١

(٤) مختصر المزنى : ٣٧/١ مع الأم .

والحرف أن عمل العلة لا يتعدى من محل العلة إلى غير محل العلة فكذلك عمل العجز لا يتعدى عن محله إلى غير محله ، وهذا ظاهر . وإنما الشأن فى إثبات قولنا أنه قدر على تحصيل بعض الطهارة ، وإنما قلنا ذلك ، لأن الطهارة عن الحَدَث بغسل الأعضاء الأربعة فكلما غسل عضواً زال الحَدَث عنه وحُكِمَ بطهارته ، وهذا لأن الغسل المعقول أمر حسِّى وله عمل شرعى من زوال الحَدَث فإذا وُجِدَ الفعل الحسِّى يتبعه الحكم الشرعى ولم يتخلف عنه مثل ما لو كان التابع حسيّاً أيضاً ، فإنه يتبعه ولا يتخلف عنه ، وذلك فى مسألة إزالة النجاسة وستر العورة التى قدمناها فثبت ما ادعيناه من قُدرته على تحصيل الطهارة فى بعض الأعضاء فإذا ثبت القُدرة ثبت الأمر فوجب ألا يعدل إلى التيمم إلا بعد العجز .

وأما حجتهم :

قالوا : « عدم الطهور فى طهارة الصلاة فوجب أن يعدل إلى التيمم . دليله إذا لم يكن عنده شئ من الماء وإنما قلنا ذلك لأن طهارة الصلاة طهارة حكمية .

ومعنى قولنا : « حكمية » هو أنها لا تُعرف إلا بالحكم وهو تحليل الصلاة ، فإذا لم تكن محللة للصلاة لا تكون طهارة وغسل بعض الأعضاء لا تكون محللة للصلاة فلا يكون طهارة ، فثبت أنه عدم الطهور لطهارة الصلاة يبيِّنه أن غسل الأعضاء الأربعة علة واحدة لإفادة الصلاة ، وبعض العلة لا عمل له بدليل بعض علة الربا » [١] . دليله إذا وجد بعض الرقبة يلزمه فعل الصوم ولا يجب عليه إعتاق هذا البعض [٢] والمسألة مشكلة .

---

(١) نقلاً من الإسرار (ببعض التصرف) ورقة ٥١ / ب شهيد على .

(٢) أحكام القرآن للجصاص : ٣٧٦/١

قالوا : ولا يلزم مسألة إزالة النجاسة وستر العورة ، لأنه أمر حسّى فلا بد من وجود ما باشره حساً بقدرة من زوال النجاسة وستر العورة لأنه أمر حسّى وفى مسألتنا حصول الطهارة حكم فلا بد من وجود تمام العلة ليحصل الحكم المبنى عليه .

قالوا : والدليل على أنه لم يحصل شئ من الطهارة أنه لا يفيد حكماً ما ، وكيف يتصوّر وجوب طهارة حكمية خالية من كل حكم ؟

قالوا : ولا يلزم إذا كان عنده سؤر الحمار حيث يلزمه التوضئ به عندنا [١] ، لأنه لم يعدم الطَهور بيقين لأنه يجوز أنه طَهور وفى مسألتنا عَدِمَ الطَهور بيقين .

الجواب :

إن قولهم : « عَدِمَ الطهور » فى طهارة الصلاة ممنوع على الإطلاق بل نقول : وجد الطَهور فى بعض الطهارة على ما سبق بيانه .

وقولهم : « إن هذه الطهارة حكمية » .

قلنا : حكم مبنى على فعل محسوس وهو غسل الأعضاء .

وقولهم : « محللة للصلاة » .

قلنا : نعم ، ولكن عند تمامها وكمالها ، فأما قبل التمام والكمال فيوجد بقدر ما حصله ولا يفيد حل الصلاة ألا بعد تمامها وكمالها مثل ما لو شهد شاهد عند الحاكم فهو شهادة لكن لا يفيد حكماً إلا بعد تمامها وكمالها فإن أمكنه أن يتمها بالماء فعل وإلا فعدل إلى التيمم فيها ونزّل إتمام الطهارة منزلة أصل الطهارة فى الماء والتراب عند وجوده وعدمه .

---

(١) الإسرار ورقة ٥٣ / أ شهيد على .

وأما مسألة الرقبة فقد فرّق بعض أصحابنا بصورة النص فإن اللّه تعالى قال فى شأن الكفار : ﴿ فتحرير رقبة مؤمنة ، فمَنْ لم يجد ﴾ [1] يعنى رقبة ، وبعض الرقبة لا يكون رقبة .

وأما فى مسألتنا فالنص قوله : ﴿ فلم تجدوا ماءً ﴾ [2] والموجود ماء .

قالوا : المراد منه الماء الذى يحصل به غسل الأعضاء الأربعة ، لأن هذا اللفظ مسنون على ما سبق والمراد من السابق هذا .

قلنا : المراد من أول الخطاب الماء الذى يحصل به غسل الأعضاء الأربعة عند القُدرة عليها وما يغسل به البعض أيضاً إذا لم يقدر إلا على ذلك لما بيَّنا أن الأمر إذا تناول مجموع أشياء ما يقدر عليه من ذلك يلزمه الإتيان به والعجز عن الباقى لا يسقطه ، وأيضاً فإن العتق عن الكَفَّارة محض حكم . لأنه تكفير فلا يحصل شئ منه إلا بظهور حكمه .

وأما الوضوء حكم مبنى على فعل محسوس فبقدر ما يوجد من الفعل المحسوس يبتنى عليه المحكوم كما نقول فى إزالة النجاسة وستر العورة .

ولهذا لو أعتق نصفى رقبة لا يجوز ، ولو غسل / هاهنا بعض الأعضاء وأعوز الماء الباقى ثم وجده من بعد بنى على ما فعله مثل [3] قبل ولا يستأنف الوضوء ويمكن أن يقال فى الجواب عن أصل الطريقة : أن الطهارة معنى يحتاط فيها شرعاً فإذا قدر منها على بعض ما لو تم يفيد الحكم الشرعى من الطهارة المحللة للصلاة ويلحق بالكل فى تناول الأمر إياه فى لزوم الفعل ليظهر الإحتياط المشروع فيها فعلاً .

١٧/أ

---

(١) سورة النساء : آية (٩٢) .

(٢) سورة النساء : آية (٤٣) .

(٣) كذا فى المخطوط ولعله : من .

ونظيره القدح الواحد الذى لا يُسكر من الخمر ملحق بالعدد منه إحتياطاً للتحريم المشروع فيه ، لأنه فى الشرع مبنى على الإحتياط وعلى هذا خرج فصل الرقبة ، لأن التكفير لم يبن على الإحتياط فى تحصيله ليلحق البعض منه عند القُدرة عليه بكله فى لزوم فعله هذا غاية الإمكان فى الجواب عن فصل الرقبة . ولم نستعن فى هذه المسألة بما أورده الأصحاب من المجروح فى بعض أعضائه لأن مذهبهم فى ذلك أن الواجب هو التيمم إذا كان الجرح بأكثر أعضائه [1] ، والواجب هو التطهير بالماء إذا كان الجرح بأقل أعضائه [2] ، ولا يثبتون الجمع بين التيمم والوضوء بحال .

وأما قولهم : « إن ما قلتم يؤدى إلى الجمع بين البدل والمبدل » .

قلنا : لا ، لأنَّا نثبت التيمم فى محل الغسل ولا نثبت الغسل فى محل التيمم فلا جمع ، وإذا لم يتحد المحل لم يقع المنع ، كما توضأ وسبقه الحَدَث فى خلال الصلاة فلم يجد الماء يتيمم عندهم ، وقد جمع بين الأصل والمبدل ولكن لا فى محل واحد فلم يمنع منه كذلك هاهنا . والله تعالى أعلم .

* * *

(١ ، ٢) المبسوط : ١/١٢٢

(مسألة)

إذا نسى الماء فى رحله وتيمم وصلى ثم ذكره أعاد عندنا [1] .

وعندهم : لا يعيد [2] ، إلا أبا يوسف [3] فإنه وافقنا فيما قلناه .

لنا :

إن التيمم أخطأ محله فلم يصح ، وإنما قلنا إنه أخطأ محله ، لأن محل التيمم حال عدم الماء بنص الكتاب ، وهذا واجد للماء حقيقة وحكماً .

أما الحقيقة فلأنه واجد قبل النسيان فإذا نسى لا يصير عادماً ، لأن النسيان لا ينافى الوجود ، وإنما ينافى الذِكر فيكون واجداً ناسياً .

يبيِّنه أن رحله فى يده والماء فى رحله فيكون الماء فى يده فكيف يُتصور أن يقال هو عادم لشئ هو فى يده وقبضه ؟

---

(١) الأم : ١/ ٤٠ ، مختصر المزنى مع الأم : ١/ ٣٨

قال النووى فى المجموع : وهو الصحيح فى مذهبنا وهو القول الجديد - المجموع : ٢/٢٦٧ ، ٢٧٠.

وهى رواية أهل المدينة عن الإمام مالك ، وهو المذهب عند الحنابلة ، الإشراف للبغدادى : ١/٣٨ ، الإنصاف : ١/٢٧٨ ، المغنى : ١/٣١٨

(٢) الإسرار لأبى زيد ١/٢١ / أ نسخة مراد ملا ، مختلف الرواية ورقة ٧ / أ ، رؤوس المسائل ص ١١٨ ، المبسوط : ١/١٢١ ، أحكام القرآن للجصاص : ٢/٣٧٦

وهو القول القديم للشافعى رواه عنه أبو ثور . المجموع : ٢/٢٦٧ ، وهى رواية المصريين عن الإمام مالك ، الإشراف للبغدادى : ١/٣٨ ، وهى رواية عن الإمام أحمد ، الإنصاف : ١/٢٧٨

(٣) الإسرار لأبى زيد : ١/٢١ / أ نسخة مراد ملا .

المبسوط : ١/١٢١ ، أحكام القرآن للجصاص : ٢/٣٧٦ ، مختلف الرواية ورقة ٧/أ .

أما الحكم : فلأنه وجد على الماء عَلَمَ ظاهر وهو علمه برحله ، ورحل المسافر قلّما يخلو عن الماء وإن خلا فهو نادر ، وكما لو نزل المسافر بجنب قرية عامرة لا يجوز له التيمم ، لأن القرية قلّما تخلو عن الماء فلا يجوز أن يجعل عادماً للماء والحالة هذه ، كذلك هاهنا .

وإذا ثبت ما قلناه من وجود الماء فنقول : التيمم صَحَّ في الظاهر ، لأنه ظن أنه عادم للماء ، ولم يصح حقيقةً ، لأنه غير عادم له حقيقةً وقد تبيَّن ذلك فيلزمه الإعادة ، كما لو كان عنده رقبة وهو ناسٍ لها فصام ثم ذكر الرقبة يلزمه إعتاقها ، وكذلك إذا كان ثوباً وهو ناسٍ له فصلى عارياً ثم ذكر يجب عليه الإعادة .

وكذلك إذا ظن أنه على الوضوء فصلى ثم تبين أنه ليس على الوضوء والأمثلة تكثر .

وأما حجتهم :

قالوا : عاجز عن استعمال الماء فيجوز له التيمم ، كما لو كان يخاف العطش . والدليل على أنه عاجز أن القُدرة لا تكون إلا بالوصول إلى الماء ولا يُتصور الوصول إلا بالذكر ، فدل أنه عاجز ، وربما يقولون : النسيان حائل بينه وبين الماء ، فصار كما لو كان حائل من سبع أو غيره .

قالوا : وأما « قولكم إنه واجد للماء » ، نسلّم الوجود إنما ندَّعى العجز عن الإستعمال مع الوجود ، كما يعجز عند خوف العطش بل العجز فى مسألتنا فوق العجز بالعطش .

وأما قولكم : « إنه وُجِدَ عَلَمَ ظاهر على الماء » .

قلنا : ذلك الظاهر قابله ظاهر آخر ، وهو أن ما يكون فى رحله يكون بعلمه ووضعه فلو كان فيه ماء لم يخف عليه ، وإذا تقابل الظاهران سقطا وبقى ما قلنا إنه عاجز عن استعمال الماء .

وأما فصل نسيان الرقبة ونسيان الثوب فقد منعوا المسألتين .

واعتذر أبو زيد عن فصل الرقبة وقال : تفسير الوجود فى الرقبة هو الملك [1] .

ألا ترى أن السيد إذا قال لعبده الذى عليه كفارة الظهار أو القتل : اعتق هذا العبد عن كفَّارتك لا يجوز ، وإن وجد الرقبة لأنه لا ملك له .

وأما تفسير الوجود فى الماء هو القدرة بدليل أنه لا يعتبر ملكه ، ولو بذل له الغير ماء من غير تملك لم يجز له التيمم .

قال : وأما إذا نسى الطهارة أصلاً فلأن الطهارة شرط الصلاة ولا ...... [2] / فى إسقاط هذا الشرط أصلاً . ١٧/ب

وأما فى مسألتنا جواز التيمم لا يؤدى إلى أصل الطهارة ، لأنه إن لم يوجد الوضوء فقد وُجِدَ التيمم .

الجواب :

أما قولهم : « إنه عاجز عن استعمال الماء » .

قلنا : أيش تعنون بهذا إن عنيتم به من حيث الظاهر ، فمسلَّم ، وإن عنيتم من حيث الحقيقة فليس كذلك ، لأنه قادر على الماء حقيقة ، لأن القدرة هو التمكن وإذا كان الماء فى رحله فهو متمكن منه لأنه متمكن من رحله فيكون متمكناً من الذى يشتمل عليه رحله وإذا كان قادراً حقيقةً عاجزاً من حيث الظاهر ، والعجز الظاهر من غير حقيقة لا ينتصب علة من جواز الإنتقال إلى التيمم ، وعلى أنَّا قد بيَّنا أنه وُجِدَ عَلَمَ ظاهر على الوجود ، وذلك عَلَمَ على الوجود والقُدرة جميعاً .

---

(١) الإسرار لأبى زيد : ٢١/١ / أ مراد ملا .

(٢) فى المخطوطة بياض .

وقولهم : « إنه قد قابله ظاهر آخر » .

قلنا : والظاهر الذى قلتم قابله ظاهر آخر ، وهو أن الماء الذى فى رحله وإن كان الظاهر أنه يكون بوضعه وعلمه ، ولكن الإنسان تعتريه الغفلة والنسيان فيغفل عن الشئ ، ثم ينتبه ، وينسى الشئ ثم يذكره فينبغى أن يحمل أمره على هذا ، ويطلب الماء فى رحله ويفتشه حتى يعثر عليه وخرج على ما قلناه إذا كان على رأس بئر مطموم وليس عليه أثر ، تيمم ثم إنه وجد ، وكذلك إذا ضَلَّ رحله بين الرحال يخرَّج على ما قدمنا إن سَلَّمنا ، والله أعلم بالصواب .



(مسألة)

لا يحل وطء الحائض بمجرد انقطاع الدم ، وإذا كان لأكثر مدة الحيض حتى تغتسل عندنا [1] .

وعندهم : يحل وطئها بدون الإغتسال فى هذه الصورة [2] .

قالوا : ولو انقطع الدم لأقل من أكثر الحيض لم يحل الوطء قبل الإغتسال أو مضى وقت الصلاة » [3] .

لنا :

قوله تعالى : ﴿ فاعتزلوا النساء فى المحيض ولا تقربوهن حتى يطهرن ، فإذا تطهرن فأتوهن ... ﴾ [4] .

وقوله : ﴿ فإذا تطهرن ﴾ معناه فاغتسلن ، وقد قرئ « حتى تطهّرن »

---

(١) النكت ورقة ٢٢ / ب .

وهو قول المالكية والحنابلة . أحكام القرآن لابن العربى : ١٦٥/١ ، الإشراف للبغدادى : ٥٥/١ ، المغنى : ٤١٩/١

(٢) رؤوس المسائل ص ١٢٨ ، مختصر القدورى مع الجوهرة : ٤٠/١ ، فتح القدير ١٧٠/١

(٣) مختصر القدورى مع الجوهرة : ٤٠/١ ، المبسوط : ٢٠٨/٣ ، بداية المبتدئ مع فتح القدير : ١٧٠/١ .

أكثر الحيض عشرة أيام عند الحنفية وأقله ثلاثة أيام .

أحكام القرآن للجصاص : ٣٣٨/١

(٤) سورة البقرة : آية (٢٢٢) .

بالتشديد [١] . وهو صريح فى الإغتسال [٢] بدليل قوله تعالى : ﴿ وإن كنتم جنباً فاطهروا ﴾ [٣] أى اغتسلوا . فعدمُه التحريمُ إلى حالة الإغتسال فلا يحل قبله ، والإعتماد على الآية ، ولا تأويل لهم لقوله : ﴿ حتى يطهّرهن ﴾ بالتشديد ، لأنه لا يحتمل سوى الإغتسال إلا أنهم ربما يقولون : يحتمل أن يكون المراد به حال انقطاع الدم لأقل من أكثر الحيض وهو تأويل ضعيف . لأن الآية لم تتعرض بحالة دون حالة فيجب إجراؤها على ما يقتضيه إطلاقها حتى يقوم دليل قطعى يوجب خلافه ، وعلى أنهم لا يقولون بهذا التأويل فإن عندهم : لا يقف حل الوطء على الإغتسال وإن كان الإنقطاع لأقل من أكثر الحيض فإنهم قالوا : لو مضى عليها وقت الصلاة حل وطئها ولا اغتسال فى هذه الصورة ، ولا مجال للمعنى فى المسألة سوى أن يقال : إن حَدَث الحيض قائم بعد الإنقطاع إلى أن تغتسل وهو أثر من آثاره فيعمل أثر الحيض عمل نفسه فيما بُنِىَ أمره على الإحتياط كالعِدَّة تعمل عمل النكاح فى تحريم العقد ، والإعتماد على الآية .

وأما حجتهم :

قالوا : انقطع الحيض عنها بيقين فحلَّ للزوج وطئها .

دليله : إذا اغتسلت ولا إشكال فى انقطاع الحيض بيقين ، بدليل أنه لو عادوها الدم يكون استحاضة [٤] ولا يكون حيضاً .

---

(١) أحكام القرآن لابن العربى : ١٦٥/١ ، تفسير الطبرى : ٣٨٥/٢

(٢) تفسير الطبرى : ٣٨٥/٢ ، وهى اختيار ابن جرير الطبرى فى تفسيره .

(٣) سورة المائدة : آية (٦) .

أحكام القرآن لابن العربى : ١٦٥/١

(٤) فى حاشية المخطوطة : الإستحاضة الدم الذى يجرى دائماً ولا يكون حيضاً مثل إدرار البول .

وأما وجه التأثير فهو فى غاية الظهور ، لأن المحرم نفس الحيض ، وهو آيل إلى الارتفاع والزوال فإذا زال المحرم وجب أن يزول التحريم ، لأن زوال العلة يوجب زوال المعلول ، كما لو اغتسل [١] مع الانقطاع فإنه ليس لزوال التحريم هاهنا سبب سوى زوال الحيض . وربما عبّروا عن هذا ، وقالوا : إن التحريم بالأذى ، قال اللّه تعالى : ﴿ ويسألونك عن المحيض قل هو أذىً فاعتزلوا النساء فى المحيض ﴾ [٢] وقد زال الأذى بالانقطاع وإنما بقى مجرد الحَدَث وهو غير مانع من الوطء بدليل حَدَث الجنابة وخرج على هذا استباحة الصلاة ومسّ المصحف وغيره ، لأن الحَدَث مانع منه بدليل حَدَث الجنابة .

أما الوطء فنفس الحيض مانع منه لأن الجنابة ونفس الحيض قد زالا .

قالوا : وأما قولكم : « انقطع الدم لأقل من أكثر الحيض » فلم يزل الحيض بيقين لجواز أن يعود الدم فضعف الطهر عن الحيض فوقعت حقيقة الوطء على ثبوت حكم من أحكام / الطاهرات لها وذلك إما بوجود اغتسال صحيح منها أو وجوب صلاة فى ذمتها حتى يقوى الطهر عن الحيض بانضمام هذا المعنى الحكمى إليه . ١٨/أ

وأما فى مسألتنا فقد قوى الطُهر عن الحيض بنفس الإنقطاع ، لأنه لا يتوهم العود فاستغنى عن معنى ينضم إليه فيقويه .

وقد تعلق بعض مشايخهم بالصوم ، وقالوا : طُهر يفيد إباحة الصوم فيفيد إباحة الوطء . دليله ما بيّنا .

وقالوا : وكما أن حُرمة الوطء معنى يختص بالحيض فكذلك المنع من الصوم معنى يختص بالحيض فكل واحد قرينة صاحبه فاستويا .

---

(١) كذا فى المخطوط والصحيح اغتسلت .
(٢) سورة البقرة آية (٢٢٢) .

الجواب :

إنَّا اعتمدنا على نص الكتاب ، ولا نسمع القياس المعنوى فى مقابلته، ويمكن أن يقال إن الحيض وإن انقطع بيقين ، ولكن أثره قائم فيعمل عمله كما بيَّنا ، ويدخل على ما قالوه إذا انقطع الدم لأقل من أكثر الحيض .

وقولهم : « إنه يتوهم عود الدم » ، يبطل بما بعد الإغتسال .

وقولهم : إنه يقوى الطهر عن الدم بالإغتسال .

قلنا : ولِمَ قالوا : لأن صحة الإغتسال حكم الطاهرات ؟

قلنا : فقولوا إنه يقوى بنفس وجوب الإغتسال ، لأنه من حكم الطاهرات أيضاً وعلى هذا انقطع لهم الكلام .

والجواب عن فصل الأذى بما قلنا أن الأذى وإن زال فأثره قائم . وأما مَنْ تعلَّق منهم بصحة الصوم فيبطل بما لو انقطع الدم لأقل من أكثر الحيض ، ويقال أيضاً من حيث المعنى : إنه لا يحتاط فى المنع من الصوم حتى يقوم أثر الحيض فيه مقام نفسه بخلاف المنع من الوطء . والله تعالى أعلم بالصواب .

* * *

كتاب الصلاة

(مسألة)

الصلاة تجب بأول الوقت وجوباً موسَّعًا [1] . وهو قول أبى [2] شجاع الثلجى [3] من أصحابهم ، وقد اختاره أبو زيد فى أصوله [4] .

وذهب الكرخى [5] وجماعة من أصحابهم أنها تجب بآخر الوقت [6] .

---

(١) روضة الطالبين : ١٨٣/١ ، حلية العلماء : ١٩/٢ ، الوسيط : ٥٤٩/٢ ، شرح اللمع للشيرازى : ٢٤٦/١ ، ٢٤٧ ، الإحكام فى أصول الأحكام للآمدى : ٧٩/١ ، حاشية البنانى على جمع الجوامع : ٢٤٢/١

وهو قول المالكية والحنابلة ، التنقيح للقرافى ص ١٥٠ ، الإشراف للبغدادى : ٦٢/١ ، الإنصاف : ٤٠٠/١ .

وهو قول عامة الحنفية .

انظر : فواتح الرحموت بشرح مسلم الثبوت مع المستصفى : ٧٤/١

قال السرخسى فى أصوله : « وهو الأصح » - ٣١/١ ، رؤوس المسائل ١٣٨

(٢) هكذا فى المخطوط ، والصحيح : « ابن » .

(٣) وهو محمد بن شجاع الثلجى تفقه على الحسن بن أبى مالك والحسن بن زياد برع فى العلم وكان فقيه العراق فى وقته والمقدَّم فى الفقه والحديث ، مات سنة ٢٦٧ هـ ، وله كتاب تصحيح الآثار ، وكتاب النوادر وغيرها . انظر : الفوائد البهية ص ١٧١ ، ١٧٢

(٤) تقويم الأدلة لأبى زيد ص ١٠٢ - ١٠٦ ، نسخة القدس رقم ٢٥٥

(٥) الكرخى : عبيد الله بن الحسين أبو الحسن الكرخى انتهت إليه رياسة الحنفية بعد أبى حازم وكان له طبقة عالية ، عدُّوه من المجتهدين فى المسائل ، له : المختصر وشرح الجامع الصغير ، مات سنة ٣٤٠ هـ .

انظر : الفوائد البهية ص ١٠٨ ، ١٠٩

(٦) رؤوس المسائل ص ١٣٨ ، بدائع الصنائع : ٢٩٣/١ ، أصول السرخسى : ٣٢/١ ، قال السرخسى : « وأكثر العراقيين من مشايخنا على أن الوجوب بآخرالوقت » ، فواتح الرحموت : ٧٤/١

واختلفوا فى المؤدى فى أول الوقت :

فقال بعضهم : هو نفل يسقط به الفرض الواجب فى آخر الوقت مثل الزكاة المعجلة [١] . ومنهم مَنْ قال : هو موقوف إن أدرك آخر الوقت وهو من أهل الوجوب [٢] كان المؤدى واجباً وإن لم يدرك كان المؤدى نفلاً .

ومنهم مَنْ قال : المؤدى واجب ، فعلى هذا يكون الوجوب بأحد المعنيين إما بإدراك آخر الوقت أو باختيار المكلّف فعل الصلاة فى آخر الوقت .

لنا :

إن الأمر يفيد الوجوب باتفاق منا ومنهم ، وقد تناول جميع الوقت لأن الخلاف فى أمر مؤقت معلوم الأول والآخر ، والأمر المضاف إلى وقت يكون متناولاً جميع الوقت وإلا فلا يكون الأمر مؤقتاً به ، وإذا تناول جميع الوقت ثبت الوجوب فى جميع الوقت فصار الوجوب فى أول الوقت ضرورة . ونظير ما قلناه قول السيد لغلامه : افعل كذا غدا أو افعله وقت الظهر ، يكون الخطاب متناولاً جميع الوقت المذكور حتى يكون فاعلاً بأمر إذا فعله .

يبيِّنه أن سبب الوجوب إما أن يكون الأمر أول الوقت فإن كان الأمر فقد وجد فى أول الوقت ، وإن كان الوقت فقد دخل فلا بد من الحكم بالوجوب على كل واحد من السببين .

ونستدل بالأداء فى أول الوقت فنقول : أدى بالأمر ، بدليل أنه ينوى أداء المأمور أو ينوى المفروض ، وإذا أدى ما أداه بالأمر فقد أدى الواجب وأداء الواجب فى وقت دليل على وجود وقت الواجب لأن الواجب لا يتأدى إلا فى وقته .

(١ ، ٢) أصول السرخسى : ٣٢/١

وأما حجتهم :

قالوا : مخيّر فى أول الوقت بين فعل الصلاة وتركها فلا تكون واجبة فيه . دليله النافلة ، وهذا لأن حدّ الواجب ما لا يسع تركه فإذا وَسِعَ الترك دل على أنه ليس بواجب .

وربما يقولون : لو وجب فى أول الوقت لم يجب فى آخره ، لأن الواجب مرة لا يجب ثانياً فلما وجب فى آخر الوقت علمنا أنه لم يكن واجباً فى أوله .

قالوا : ولأنه لو وجب فى أول الوقت وجب أن يأثم إذا / مات قبل فعله ١٨/ب وحين لم يأثم إذا مات فى أول الوقت قبل فعله ، علمنا أنه لم يكن واجباً ، وأيضاً لو وجب لاستقر بإدراك وقت فعله ولو استقر لم يتغير بالسفر ، وحين أجمعنا على أنه لو سافر فى آخر الوقت يجوز له القصر علمنا أنه لم يجب أصلاً .

الجواب :

أما قولهم : « إنه مخير بين فعل الصلاة وتركها » ، لا نسلمٍّ إطلاق الترك على ما زعموا ، بل إنما نطلق له الترك بشريطةٍ وهو العزم على فعلها فى آخر الوقت وما لم يكن على هذا العزم لا يجوز له تركها فى أول الوقت .

فإن قالوا : أتقولون إن العزم بدل عن الواجب من الفعل ؟

فإن قلتم : ليس ببدل فقد أطلقتم الترك ، لأنه إذا ترك لا إلى بدل تحقق الترك ، وإن قلتم : هو بدل فأقمتموه مقام الأصل فى سقوط الأمر عنه وتأدى المصلحة به . يدل عليه أن العزم على الفعل واجب قبل دخول الوقت فكيف يُتصور أن يكون بدلاً ؟

قلنا : لسنا ندَّعى أن العزم بدل عن الواجب ولكن أردنا بما قلنا أن نبين أن الترك على الوجوه الذى ظنوه من مذهبنا لا مطلقه .

وتبيَّن بهذا الشرط وقوع الفرقان بينه وبين النافلة .

وإن قلنا : بدل ، فهو بدل من وجهٍ لا من وجهٍ ، وإنما يقوم البدل مقام الأصل فى سقوط الواجب إذا كان بدلاً من كل وجه .

ونعنى بقولنا : « بدل من وجه لا من وجه » أنه بدل تركه فى أول الوقت لا بدل تركه أصلاً وهذا جواب .

وجواب آخر : وهو الأولى ، قولكم « مخيَّر فى أول الوقت بين الصلاة وتركها » لا نسلِّم أن الموجود ترك الصلاة بل هو تأخير من وقت لها إلى وقت مثله ليؤديها فيه على ما كان يؤديها فى أول الوقت ، وإنما جاز هذا التأخير ، لأن الوجوب تعلق بأول الوقت على وصف التوسع ، ومعنى قولنا : « وجب موسعاً » هو هذا فإن الشارع كلَّفه أداء الصلاة فى أول هذا الوقت المسمى وهو وقت يسع للمأمور ويفضل عنه فضلات كثيرة فقيل : وجب وجوباً موسعاً على معنى أن المكلف يتخير فى الواجب إن شاء فعله فى أول الوقت وإن شاء فعله فى أوسطه وإن شاء فعله فى آخره مثل الأمر المطلق فى الكفَّارات وقضاء الصلوات والحج على أصلنا ، ويلزمه مع هذا ألا يخلى الوقت عنه فصار التأخير الذى تعلَّقوا به فائدة الوجوب على وصف التوسع فلم يدل على سقوط أصل الوجوب ، وعلى هذا صار الواجب على وصفين : واجب مضيَّق ، وواجب موسَّع ، فالمضيَّق ما لا يسع تأخيره كالإيمان إذ لا يفضل وقته عنه وكالصوم ، والموسَّع ما يفضل الوقت عنه ويسع تأخيره ، والوجوب موجود فى الصورتين فهذا هو الموضع الذى خفى على القوم بلوغه ولم يدركوا حقيقته .

وأما قولهم : « إنه لو وجب فى أول الوقت لم يجب فى آخره » .

فَهَوَسٌ ، فإنه لا يتجدد الوجوب عندنا بآخر الوقت إنما يمتد الوجوب إليه على التوسع .

وقولهم : « لو مات بعد التأخير لم يأثم » ، فقد منع ذلك بعض مَنْ لم يعرف حقيقة المسألة ، وقال : لا تتم المسألة إلا بمنع هذا والمنع بعيد ، وهو يخرج على ما قلنا ، لأن عدم الإثم إنما هو لقولنا إنه وجب وجوباً موسّعاً مطلق التأخير إلى وقت مثله وكذلك جواز القصر بالسفر ، وهذا لأن عندنا جميع الوقت لهذه الصلاة كشئ واحد ، والموجود فى أوله وآخره كوجود واحد فيكون حكم الكل واحد ، وخص هذه المسألة من الأصول . والله أعلم بالصواب .



(مسألة)

الإقامة فرادى عندنا [١] . وعندهم مثنى [٢] .

لنا :

حديث خالد الحذاء [٣] عن أبى قلابة [٤] عن أنس قال : أُمِرَ بلال أن

---

(١) النكت : ٣٢ / ب ، المنهاج مع المغنى : ١٣٦/١ ، المهذب : ٨٤/١ ، شرح صحيح مسلم للنووى : ٧٨/٤ ، المجموع : ٩٢/٣

وهو قول الحنابلة والمالكية . المغنى : ٥٨/٢ ، التحقيق : ٢٣٧/١ ، الموطأ مع المنتقى : ١٣٤/١ ، الإشراف للبغدادى : ٦٨/١ ، الكافى فى فقه أهل المدينة : ١٩٧/١ ، الاستذكار : ٨١/٢

وهى عند الحنابلة والشافعية أحد عشر كلمة ، وعند المالكية عشر كلمات ، قال الخطابى فى معالم السنن : « وهو مذهب أكثر أهل الأمصار وجرى به العمل فى الحرمين والحجاز وبلاد الشام واليمن وديار مصر ونواحى المغرب إلى أقصى حجر فى بلاد الإسلام وهو قول الحسن البصرى ومكحول والزهرى ومالك والأوزاعى والشافعى وأحمد بن حنبل وإسحاق بن راهويه وغيرهم » أ هـ .

انظر معالم السنن : ٣٣٨/١ .

(٢) شرح معانى الآثار : ١٣٦/١ ، رؤوس المسائل ص ١٣٧ ، المبسوط : ١٢٩/١ ، مختصر القدورى مع الجوهرة : ٥٧/١ ، بدائع الصنائع ٤.٦/١ ، الأسرار : ٤٦/١ ب ، مختصر الطحاوى ص ٥٢ .

(٣) خالد بن مهران أبو المنازل - بفتح الميم ، وقيل بضهما وكسر الزاى - البصرى الحذاء ، قيل له ذلك لأنه كان يجلس عندهم ، وهو ثقة يرسل ، من الخامسة ، وقد أشار حماد بن زيد إلى أن حفظه قد تغير لما قدم من الشام ، وعاب عليه بعضهم دخوله فى عمل السلطان ، روى له الجماعة .

انظر : تقريب التهذيب ص ٩ .

(٤) أبو قلابة : عبد الله بن زيد بن عمرو أو عامر الجرمى أو قلابة البصرى ، ثقة فاضل كثير الإرسال ، قال العجلى : فيه نصب يسير ، من الثالثة مات بالشام هارباً من القضاء سنة أربع ومائة وقيل بعدها ، روى له الجماعة . تقريب التهذيب ص ١٧٤

يشفع الأذان ويوتر الإقامة [١] .

وفى رواية أيوب [٢] عن أبى قلابة عن أنس قال : أمر بلال أن يشفع الأذان ويوتر الإقامة إلا الإقامة [٣] ، والخبر فى الصحيحين [٤] .

وروى وهيب بن خالد [٥] ، وعبد الوهاب الثقفى [٦] عن خالد الحذاء عن أبى قلابة وزاد فيه ألفاظاً ، دل على أن الآمر لبلال كان المصطفى ﷺ .

وروى موسى بن إسماعيل [٧] عن وهيب ، وعبد الوهاب عن خالد عن

---

(١) رواه أبو داود فى سننه : ٣٤٩/١ مع المعالم ، باب « فى الإقامة » .

ورواه الطحاوى فى شرح معانى الآثار : ١٣٢/١ ، فى باب « الإقامة كيف هى » ؟

ورواه الترمذى فى سننه : ١٧٢/١ ، وقال : حديث أنس حسن صحيح مع التحفة .

(٢) أيوب بن أبى تميمة كيسان السختيانى أبو بكر البصرى ثقة ثبت ، حجة من كبار الفقهاء العُبَّاد ، من الخامسة ، مات سنة ١٣١ هـ وله ٦٥ سنة روى له الجماعة ، تقريب التهذيب ص٤١ ، تهذيب التهذيب : ٣٩٧/١

(٣) رواه الطحاوى فى شرح معانى الآثار : ١٣٣/١ ، والبخارى فى صحيحه : ٨٢/٢ مع الفتح فى باب « الأذان مثنى مثنى » ، وابن ماجه فى سننه : ٢٤١/١

(٤) رواه مسلم فى صحيحه : ٧٧/٤ ، ٧٨ مع النووى ، والبخارى فى صحيحه : ٧٧/٢ مع الفتح فى باب « بدء الأذان » .

(٥) وهيب بن خالد بن عجلان الباهلى مولاهم أبو بكر البصرى ، ثقة ثبت لكنه تغير قليلاً بآخره ، من السابعة ، مات سنة ١٦٥ هـ ، روى له الجماعة ، تقريب التهذيب ص ٣٧٢

(٦) عبد الوهاب بن عبد المجيد بن الصلت الثقفى أبو محمد البصرى ثقة ، تغير قبل موته بثلاث سنوات ، من الثامنة ، مات سنة ١٩٤ هـ عن نحو من ثمانين سنة ، روى له الجماعة .

انظر : التقريب ص ٢٢٢

(٧) موسى بن إسماعيل المنقرى - بكسر الميم وسكون القاف - أبو سلمة التبوذكى مشهور بكنيته وباسمه ، ثقة ثبت من صغار التاسعة ، ولا التفات إلى قول ابن خراش : تكلم الناس فيه ، مات سنة ٢٢٣ هـ .

روى له الجماعة . انظر التقريب ص ٣٤٩

١٩/أ أبى قلابة عن أنس . قال : لما كثر الناس ذكروا أن يعلموا / وقت الصلاة بشئ يعرفونه فذكروا أن يوروا (١) ناراً أو يضربوا ناقوساً ، فأمِرَ بلال أن يشفع الأذان ويوتر الإقامة (٢) ، وقد كان هذا فى زمان النبى ﷺ قطعا فيكون الآمر هو النبى ﷺ إذ لا يجوز أن يأمر غيره فى زمانه بلالاً بالآذان .

وقد قال بعض الجهال من المخالفين : يحتمل أن يكون الآمر لبلال بعض أمراء بنى أمية .

وهذا محال لأن بلالاً رضى الله عنه أذَّن فى زمن النبى عليه السلام فلما توفى ﷺ أذَّن صدراً من خلافة أبى بكر ثم إنه استأذنه فى الخروج إلى الشام حين جهَّز أبو بكر الجيوش إلى الشام ولم يُؤذِّن لأحد من بعد إلى أن توفى بالشام فى آخر خلافة عمر وأول خلافة عثمان .

وقد ذكر الدارقطنى فى سننه (٣) برواية إسماعيل بن إبراهيم (٤) عن خالد

---

(١) يوروا : يوقدوا ناراً ، يقال : ورى الزند : إذا خرجت ناره ، وأوريته : إذا أخرجته ، ووقع فى رواية مسلم : « إن ينوروا ناراً » أى يظهروا نورها » أ هـ من فتح البارى : ٨٣/٢

(٢) رواه البخارى فى صحيحه : ٨٢/٢ من الفتح ، فى باب « الآذان مثنى مثنى » .

ومسلم فى صحيحه : ٧٩/٤ مع النووى ، فى باب « الأمر بشفع الأذان وإيتار الإقامة » .

والبيهقى فى سننه : ٤١٢/١ ، فى باب « إفراد الإقامة » .

(٣) انظر : سنن الدارقطنى : ٢٤٠/١ ، ورواه أيضاً النسائى فى سننه : ٤/٢ فى باب « تثنية الأذان . والبيهقى فى سننه : ٤١٣/١ فى باب « إفراد الإقامة » والحاكم فى المستدرك : ١٩٨/١

(٤) إسماعيل بن إبراهيم بن مقسم الأسدى مولاهم أبو بشر البصرى المعروف بابن عليه ثقة حافظ من الثامنة ، مات سنة ١٩٣ هـ وهو ابن ثلاث وثمانين سنة . روى له الجماعة . انظر : تقريب التهذيب ص ٣٢

الحذاء عن أبى قلابة عن أنس قال : « أمر رسول الله ﷺ بلالاً أن يشفع الأذان ويوتر الإقامة » . وعلى هذا انقطع الكلام .

وعن ابن عمر قال : كان الأذان على عهد رسول الله ﷺ مرتين مرتين ، والإقامة مرة مرة ، غير أن المؤذن كان إذا قال : « قد قامت الصلاة » قال : « قد قامت الصلاة مرتين » (١) ، وعن سلمة بن الأكوع قال : كان الأذان على عهد رسول الله ﷺ مثنى مثنى ، والإقامة فرادى (٢) .

وروى ابن عمر أيضاً أن النبى ﷺ قال : « مَنْ أذَّن اثنتى عشر سنة وجبت له الجنة ، وكُتِبَ له بكل أذان ستون حسنة ، وبكل إقامة ثلاثون حسنة » (٣) . وهذا دليل على أنها على النصف من الأذان .

---

(١) رواه البيهقى فى سننه : ٤١٣/١ فى باب « تثنية قوله : قد قامت الصلاة وإفراد ما قبلها » والحاكم فى المستدرك : ١٩٨/١

وابن خزيمة فى صحيحه : ١٩٣/١ ، قال ابن حجر : وصححه ابن خزيمة ، الفتح : ٨٢/٢

وأبو داود فى سننه : ١/ ٣٥٠ مع المعالم .

وقال أبو داود : قال شعبة : لم أسمع من أبى جعفر غير هذا الحديث .

وأخرجه النسائى فى سننه : ٤/٢ ، والطحاوى فى شرح معانى الآثار : ١٣٣/١ ، والبغوى فى شرح السُنَّة : ٢٥٥/٢ ، والدارقطنى فى سننه : ٢٣٩/١ ، والدارمى فى سننه : ١/ ٢٧٠

انظر : التلخيص الحبير : ١٩٦/١

(٢) رواه الدارقطنى فى سننه : ٢٤١/١

(٣) ورواه البغوى فى شرح السُنَّة : ٢٨٢/٢ ، والحاكم فى المستدرك : ١/ ٢٠٤ ، ٢٠٥ ، والبيهقى فى سننه : ٤٣٣/١ ، والدارقطنى فى سننه : ١/ ٢٤٠ ، وفى سنده ابن لهيعة ، التلخيص الحبير : ١/ ٢٨٠ ، وابن ماجه فى سننه : ٢٤١/١

وفى سند ابن ماجه « عبد الله بن صالح » قال ابن حجر فى ترجمته : عبد الله بن صالح بن محمد بن مسلم الجهنى أبو صالح المصرى كاتب الليث صدوق كثير الغلط ثبت فى كتابه ، وكانت فيه غفلة » ، من العاشرة ، مات سنة ٢٢٢ هـ وله خمس وثمانون سنة .

روى له البخارى تعليقاً وأبو داود والترمذى وابن ماجه ، انظر : التقريب ص ١٧٧ .

وروى عثمان [١] بن عبد الرحمن عن محمد [٢] بن علىّ عن أبيه [٣] (عن) [٤] علىّ رضى الله عنه . قال : نزل جبريل بالإقامة مفرداً وسَنّ النبى عليه السلام الأذان مثنى مثنى [٥] . والأخبار فى هذا الباب كثيرة واقتصرنا على هذا القدر ، ولا مزيد عليه .

وقد أوّل بعضهم الخبر الذى رويناه قال : معنى الشفع فى الأذان والإيتار فى الإقامة هو أن يشفع بصوتين صوتين ، ويوتر بصوت صوت ، وليس هذا بشئ ، لأن فى الخبر إضافة الشفع والإيتار إلى الأذان والإقامة ، والأذان والإقامة هى الكلمات لا الصوت المسموع فى الكلمات . وعلى أن فى الخبر قال : « إلا الإقامة » . وعندهم كما نقول سائر الكلمات فى الإقامة بصوت واحد كذلك نقول قوله : « قد قامت الصلاة » بصوت واحد فبطل التأويل والإعتماد على الأخبار ولا مجال للقياس فيه .

ويمكن أن يقال : إن الإقامة مبنية على الخفة بخلاف الأذان بدليل الإيتار فى الصلاة على ما قالوه ، ولأنه يسترسل فيها ولا يمد كما يمد فى الأذان ، وهذا لأنه إعلام للحاضرين بالقيام إلى الصلاة .

---

(١) عثمان بن عبد الرحمن بن عمر بن سعد بن أبى وقاص الزهرى الوقاصى أبو عمر المدينى ويقال له المالكى نسبة إلى جده الأعلى أبى وقاص مالك ، متروك وكذّبه ابن معين ، من السابعة ، مات فى خلافة الرشيد ، روى له الترمذى ، انظر : التقريب ص ٢٣٥

(٢) محمد بن علىّ بن الحسين بن علىّ بن أبى طالب أبو جعفر الباقر ، ثقة فاضل ، من الرابعة ، مات سنة بضع عشرة ، روى له الجماعة . انظر : التقريب ص ٣١١ .

(٣) على بن الحسين بن علىّ بن أبى طالب زين العابدين تقدمت ترجمته وروايته عنه جده مرسلة . تهذيب التهذيب : ٣٠٤/٧ .

(٤) ما بين القوسين ليست فى المخطوط ، وهى موجودة فى السنن عند الدارقطنى : ٢٤١/١

(٥) رواه الدارقطنى فى سننه : ١٤١/١

وأما الأذان فإنه دعاء الغائبين ، ودعاء الغائبين وإسماعهم يكون بزيادة مبالغة فى نفس الأذان وصفاته ليقع إسماعهم ودعائهم فيحضروا ، وأما إعلام الحاضرين فلا حاجة فيه إلى مثل ذلك المبالغة فاقتصر على المرة الواحدة والأولى هو الإقتصار على الأخبار .

وأما حجتهم :

تعلقوا بحديث ابن أبى ليلى (١) عن عمرو (٢) بن مرة عن عبد الرحمن (٣) ابن أبى ليلى عن عبد الله بن زيد قال : كان أذان النبى ﷺ شفعاً شفعاً فى الأذان والإقامة (٤) .

ورواه أيضا وكيع (٥) عن الأعمش عن عمرو بن مرة عن عبد الرحمن بن أبى ليلى (٦) .

---

(١) سبق ترجمته .

(٢) عمرو بن مرة بن عبد الله بن طارق الجملى المرادى أبو عبد الله الكوفى الأعمى ثقة عابد ، كان لا يدلس ورمى بالإرجاء ، من الخامسة ، مات سنة ١١٨ هـ ، وقيل قبلها ، روى له الجماعة .

انظر : التقريب ص ٢٦٢

(٣) عبد الرحمن بن أبى ليلى الأنصارى المدنى ثم الكوفى ثقة من الثانية اختلف فى سماعه من عمر مات سنة ٨٦ هـ ، بوقعة الجماجم ، وقيل إنه غرق ، روى له الجماعة . انظر : التقريب ص ٢٠٩

(٤) رواه الدارقطنى فى سننه : ٢٤١/١ قال الدارقطنى : ابن أبى ليلى هو القاضى محمد بن عبد الرحمن ضعيف الحديث سئ الحفظ ، وابن أبى ليلى لا يثبت سماعه عن عبد الله بن زيد » أ هـ .

ورواه الترمذى فى سننه : ٣١٠/١ مع عارضة الأحوذى ، وابن أبى شيبة فى مصنفه : ٢٠٦/١

(٥) وكيع بن الجراح بن مليح الرؤاسى أبو سفيان الكوفى ، ثقة حافظ عابد من كبار التاسعة ، مات فى آخر سنة ست أو سبع وتسعون وله سبعون سنة . روى له الجماعة . انظر : التقريب ص ٣٦٩

(٦) رواه ابن أبى شيبة فى مصنفه : ٢٠٣/١ ، والطحاوى فى شرح معانى الآثار : ١٣٤/١ ، والترمذى فى سننه : ٣١٠/١ مع عارضة الأحوذى .

ورووا أن عبد الله بن زيد لما أرى الأذان فى منامه حكى الأذان على ما هو المعهود قال : ثم مكث ساعة ثم قام وقال مثل ذلك ، وزاد قوله : « قد قامت الصلاة » .

وربما رووا عن عبد الرحمن بن أبى ليلى عن معاذ بن جبل هذا الخبر [١] .

وتعلّقوا أيضاً بحديث مكحول عن ابن محيريز [٢] عن أبى محذورة [٣] أن النبى علّمه الأذان سبعة عشر كلمة والإقامة سبعة عشر كلمة [٤] ، وهذا خبر صحيح .

---

(١) رواه البيهقى فى سننه : ١/٣٩١

والدارقطنى فى سننه : ١/٢٤١ ، ٢٤٢ ، وقال الدارقطنى فى سننه : « وقال الأعمش والمسعودى عن عمرو بن مرة عن ابن أبى ليلى عن معاذ بن جبل ، ولا يثبت ، والصواب ما رواه الثورى وشعبة عن عمرو بن مرة وحسين بن عبد الرحمن عن ابن أبى ليلى مرسلاً » أ هـ .

(٢) عبد الله بن محيريز بن جنادة بن وهب الجمحى المكى كان يتيماً فى حجر أبى محذورة بمكة ثم نزل بيت المقدس ، ثقة عابد من الثالثة ، مات سنة ٩٩ هـ ، روى له الجماعة . انظر التقريب ص ١٨٨

(٣) أبو محذورة الجمحى المكى المؤذن الصحابى المشهور اسمه أوس ، وقيل : سمرة ، وقيل : سلمة ، وقيل : سلمان ، وأبوه معير - بكسر الميم وسكون المهملة وفتح التحتانية - وقيل : عمير ابن الوذان ، مات سنة ٥٩ هـ ، وقيل : تأخر بعد ذلك ، انظر : التقريب ص ٤٢٤ ، ٤٢٥

(٤) رواه مسلم فى صحيحه : ٤/٨٠ مع النووى .

قال النووى : هكذا وقع هذا الحديث فى صحيح مسلم فى أكثر الأصول فى أوله : الله أكبر - مرتين فقط ، ووقع فى غير مسلم : الله أكبر الله أكبر الله أكبر الله أكبر - أربع مرات ، قال القاضى عياض: ووقع فى بعض طرق الفارسى فى صحيح مسلم أربع مرات » أ هـ .

ورواه أيضاً الطحاوى فى شرح معانى الآثار : ١/١٣٥

وقد رواه بلفظ « الأربع » الدارقطنى فى سننه : ١/٢٣٧ ، ٢٣٨

وأبو داود فى سننه : ١/٣٤٣ مع المعالم ، والنسائى فى سننه : ٢/٥ ، وابن ماجه فى سننه : ١/٢٣٢ ، والطحاوى فى شرح معانى الآثار : ١/١٣٠ ، وابن خزيمة فى صحيحه : ١/١٩٥

وذكره الدبوسى فى أسراره مستدلاً به ورقة ١١١ / ب شهيد على .

ورووا عن عون [1] بن أبى جحيفة عن أبيه أنه قال : سمعت بلالاً أذّن بمنى بصوتين صوتين وأقام مثل ذلك » [2] .

وفى رواية أخرى عن أبى جحيفة قال : كان بلال يؤذن ويقيم مثنى مثنى [3] .

قال : وروى عبد الرزاق [4] عن معمر [5] ، عن حماد [6] ، عن إبراهيم [7] عن الأسود [8] أن بلالاً كان يثنى الأذان ويثنى الإقامة ، وكان

---

(١) عون بن أبى جحيفة السوائى - بضم المهملة - الكوفى ، ثقة من الرابعة ، مات سنة ١١٦ هـ ، روى له الجماعة . انظر : التقريب ص ٢٦٧

(٢) رواه الدارقطنى فى سننه : ١/٢٤٢

(٣) رواه الدارقطنى فى سننه : ١/٢٤٢

(٤) عبد الرزاق بن همام بن نافع الحميرى مولاهم أبو بكر الصنعانى ، ثقة حافظ مصنف شهير ، عمى فى آخر عمره فتغير ، وكان يتشيع ، من التاسعة مات سنة ٢١١ هـ ، وله خمس وثمانون سنة روى له الجماعة ، انظر : التقريب ص ٢١٣

(٥) معمر بن راشد الأزدى مولاهم أبو عروة البصرى نزيل اليمن ، ثقة ثبت فاضل إلا أن فى روايته عن ثابت والأعمش وهشام بن عروة شيئاً ، وكذا فيما حدّث به بالبصرة من كبار السابعة ، مات سنة ١٥٨ هـ .

وهو ابن ثمان وخمسين سنة ، روى له الجماعة . انظر : التقريب ص ٣٤٤

(٦) حماد بن أبى سليمان مسلم الأشعرى مولاهم أبو إسماعيل الكوفى ، فقيه صدوق له أوهام ، من الخامسة ، رمى بالإرجاء ، مات سنة ١٢٠ هـ . روى له البخارى فى الأدب المفرد ومسلم وأصحاب السنن الأربعة ، انظر : التقريب ص ٨٢

(٧) إبراهيم بن يزيد بن قيس بن الأسود النخعى أبو عمران الكوفى ، فقيه ثقة إلا أنه يرسل كثيراً ، من الخامسة ، مات سنة ٩٦ هـ ، وهو ابن خمسين سنة ، روى له الجماعة .

انظر : التقريب ص ٢٤

(٨) الأسود بن يزيد بن قيس النخعى أبو عمرو - أو أبو عبد الرحمن - مخضرم ثقة جليل ، من الثانية ، مات سنة ٧٤ أو ٧٥ هـ ، روى له الجماعة . انظر : التقريب ص ٣٦

يبدأ بالتكبير ويختم بالتكبير [1] . وهذه الأخبار نصوص فى الباب وهو أولى من أخباركم . لأنها / تتضمن زيادة لم تتضمنها أخباركم ، والمثبت للزيادة أولى من النافى .

١٩/ب

ورووا عن إبراهيم النخعى ، أنه قال : أول من نقض الإقامة معاوية[2]. ونقلوا عن مجاهد أنه قال : كان الأذان والإقامة مثنى مثنى حتى قام بنو أمية وأفردوا الإقامة للسرعة [3] .

أما المعنى فاعتبروا الإقامة بالأذان وهذا لأن كل واحد منهما ذكر الله وإعلام الصلاة فاستويا .

الجواب :

إن الأخبار التى رووها عامتها ضعيفة الإسناد .

أما خبر عبد الله بن زيد ، فقد أجمع أهل العلم بالرجال أن عبد الرحمن ابن أبى ليلى لم يسمع من عبد الله بن زيد شيئاً [4] ، وكذلك لم يسمع من معاذ شيئاً ولم يدركهما أصلاً [5] .

---

(١) رواه الدارقطنى فى سننه : ٢٤٢/١ ، مصنف عبد الرزاق : ٤٦٢/١
ورواه الطحاوى فى شرح معانى الآثار : ١٣٤/١

(٢) ذكر ذلك ابن الجوزى فى التحقيق ونسبه إلى الدارقطنى ولكنى لم أجده فى السنن .
انظر التحقيق ٢٣٩/١
وذكره أيضا الدبوسى فى إسراره مستدلاً به ورقة ٤٦ / ب مراد ملا .

(٣) روى ذلك الطحاوى فى شرح معانى الآثار ولفظه : « الإقامة مرة مرة إنما هو شئ استخفه الأمراء » ، فأخبر مجاهد أن ذلك محدث وأن الأصل هو التثنية » .
انظر : شرح معانى الآثار : ١٣٦/١ ، وعبد الرزاق فى مصنفه : ٤٦٣/١ ، وذكره الدبوسى فى إسراره مستدلاً به ورقة ٤٦ / ب مراد ملا .

(٤) انظر : صحيح ابن خزيمة : ١٩٣/١ ، ١٩٨ ، ٢٠٠ ، سنن الترمذى : ٣١٠/٢ ، مع عارضة الأحوذى ، سنن البيهقى : ٤٢١/١

(٥) تهذيب التهذيب : ٢٦٢/٦ ، صحيح ابن خزيمة : ٢٠٠/١ ، سنن البيهقى : ٤٢١/١

وقد قيل : إن عبد الله بن زيد الذى أدى الأذان استشهد يوم أحد [(١)] .

وذكر أبو داود فى سننه [(٢)] برواية محمد بن [(٣)] عبد الله بن زيد عن أبيه هذا الخبر وذكر فيه أنه حكى إفراد الإقامة .

وقيل إن هذه الرواية أصح الروايات فى الباب [(٤)] .

وأما حديث أبى محذورة عن أبيه هذا الخبر وفيه « أنه علّمه الإقامة فرادى : الله أكبر الله أكبر ، أشهد أن لا إله إلا الله ، أشهد أن محمداً رسول الله ، حى على الصلاة ، حى على الفلاح ، قد قامت الصلاة ، قد قامت الصلاة ، الله أكبر الله أكبر ، لا إله إلا الله » [(٥)] ، وقد كان الأذان بمكة فى أولاد أبى محذورة وكانوا يفردون الإقامة فهو كان المعمول به بالحرمين فى زمان رسول الله ﷺ إلى أن استولى البصريون [(٦)] على

---

(١) روى أبو نعيم فى الحلية فى ترجمة عمر بن عبد العزيز بسند صحيح عن عبيد الله بن عمر العمرى قال : دخلت ابنة عبد الله بن زيد بن عبد ربه على عمر بن عبد العزيز فقالت : أنا ابنة عبد الله بن زيد ، شهد أبى بدراً وقتل يوم أحد ، فقال : سلينى ماشئت ، فسألت فأعطاها ماسألت» أ . هـ الحلية : ٣٢٢/٥ ، تهذيب التهذيب ٢٢٤/٥

(٢) انظر : سنن أبى داود : ٣٣٨/١ مع المعالم .

(٣) محمد بن عبد الله بن زيد بن عبد ربه الأنصارى المدنى ثقة ، من الثالثة ، روى له مسلم وأصحاب السنن الأربعة والبخارى فى أفعال العباد . انظر : التقريب ص ٣٠٤

(٤) قاله الخطابى فى معالم السنن : ٣٣٨/١ وابن خزيمة فى صحيحه : ١٩٣/١ والترمذى فى سننه : ٣١/١ مع عارضة الأحوذى .

(٥) رواه الدارقطنى فى سننه : ٢٣٦/١ .

وابن أبى شيبة فى مصنفه بلفظ : « إن أذانه كان مثنى وإن إقامته كانت واحدة ، وخاتمة أذانه: الله أكبر ، الله أكبر ، لا إله إلا الله » المصنف : ٢٠٦/١ ، ٢٠٧ .

(٦) كذا فى المخطوط ، وفى المجموع للنووى ، وسنن البيهقى : المصريون ، يعنى بذلك عهد الدولة الفاطمية التى بسطت سلطانها على مصر والشام والحجاز واليمن .

انظر : المجموع : ٩٤/٣ ، سنن البيهقى : ٤١٩/١

الحجاز وذلك سنة اثنتى وستين وثلثمائة فغيروا الإقامة . فدل أن الصحيح من حديث أبى محذورة ما كان عليه أولاده ، وما عرف من المعمول بمكة والمدينة (١) .

وأما حديث عون بن أبى جحيفة فقد قالوا : إن الراوى له زياد ابن كليب (٢) عن إدريس الأودى عن عون بن أبى جحيفة ، وزياد بن كليب وَهِمَ فى هذا الخبر على إدريس الأودى (٣) ، وقد أورد هذا الخبر فى الصحيح وذكر الأذان خاصة ولم يذكر الإقامة .

وأما حديث الأسود فلم يدرك (٤) أذان بلال لما بيَّنا أنه لحق بالشام فى زمان أبى بكر .

---

(١) انظر : المجموع : ٩٤/٣ ، وسنن البيهقى وقد نقلا كلام الشافعى فى ذلك .

(٢) فى سنن الدارقطنى : « عبد الله البكائى » ، زياد بن عبد الله البكائى أبو محمد الكوفى صدوق ثبت فى المغازى وفى حديثه عن غير ابن إسحاق لين ، من الثامنة ، ولم يثبت أن وكيعاً كذبه، وله فى البخارى موضع واحد متابعة ، مات سنة ١٨٣ هـ .

روى له البخارى ومسلم والترمذى وابن ماجه . انظر : التقريب ص ١١٠ قال ابن الجوزى فى التحقيق : « قال يحيى بن معين : زياد ليس بشئ » .

وقال ابن المدينى : لا أروى عنه ، ووثقه أحمد ، وقال : أبو زرعة صدوق وقال : الجرح مقدم .

انظر : التحقيق : ٢٤٠/١ ، نصب الراية : ٢٦٩/١

وقال ابن حبان فى الضعفاء : كان فاحش الخطأ كثير الوهم لا يجوز الاحتجاج به إذا انفرد .... ثم ذكر الحديث ونقل عن أبى حاتم قوله إن هذا الخبر باطل ، ما أذن بلال لرسول الله ﷺ مثنى وما أقام مثل ذلك إنما كان أذانه مثنى مثنى وإقامته فرادى وهذا الخبر رواه الثورى والناس عن عون بن أبى جحيفة بطوله ولم يذكروا فيه تثنية الأذان ولا الإقامة ، وإنما قالوا : خرج بلال فأذن فقط » أ هـ .

انظر : كتاب الضعفاء والمجروحين لابن حبان : ٣٠٧/١

الكامل لابن عدى ص ١٠٤٨ ، ١٠٤٩

(٣) إدريس بن يزيد بن عبد الرحمن الأودى ثقة من السابعة ، روى له الجماعة ، انظر : التقريب ص ٢٥

(٤) التحقيق : ٢٤٠/١ ، النكت ورقة ٣٣ / أ

وقد رووا أيضاً عن سويد بن غفلة [١] أيضاً أن بلال كان يؤذن ويقيم مثنى مثنى [٢] ، وسويد أيضاً لم يدرك أذان بلال [٣] .

وقد نقلنا عن أنس أن بلالاً بماذا أُمِر .

ونقل أيضاً سعد القرظ [٤] أذان بلال ، وحكى فيه الإقامة فرادى وهو خبر ثابت [٥] ، وقد كان سعد نائب بلال فى الأذان وكان مؤذن مسجد قباء ، وقد أذَّن لرسول الله ﷺ وأقام لعمر [٦] ، وعثمان مرة مرة ، وبلال أقام لأبى بكر مرة مرة ، والراوى شريك وحماد بن أبى سليمان لخبرهم ، ولم تخرج الرواية عنهما فى الصحيح ، فهذا أيضاً يوجب ضعفاً فى الرواية .

واعلم أن الأذان والإقامة شعار من شعائر الإسلام ، فالأولى فى الرجوع فيه إلى ما عليه أكثر أهل الإسلام .

وقد روينا عن أبى بكر وعمر وعثمان أن الإقامة كانت لهم مرة مرة [٧] بفعل بلال وسعد القرظ .

---

(١) سويد بن غفلة أبو أمية الجعفى مخضرم من كبار التابعين قدم المدينة يوم دفن النبى ﷺ ، وكان مسلماً فى حياته ثم نزل الكوفة ، ومات سنة ٨٣ هـ ، وله ١٣٠ سنة .

روى له الجماعة . انظر : التقريب ص ١٤١

(٢) رواه الطحاوى فى شرح معانى الآثار : ١٣٤/١

(٣) التحقيق : ١/ ٢٤٠ ، النكت : ٣٣ / أ .

(٤) سعد بن عائذ - أو ابن عبد الرحمن - مولى الأنصارى المعروف بسعد القرظ المؤذن بقباء ، صحابى مشهور بقى إلى ولاية الحجاج على الحجاز وذلك سنة ٧٤ هـ .

روى له ابن ماجه . انظر : التقريب ص ١١٨ ، تهذيب التهذيب : ٤٧٤/٣

(٥) رواه الدارقطنى فى سننه : ٢٣٦/١

(٦) تهذيب التهذيب : ٤٧٤/٣ ، سنن الدارقطنى : ٢٣٦/١ ، سنن البيهقى : ١/ ٤٢٠ .

(٧) التحقيق : ٢٤١/١ ، سنن الدارقطنى : ٢٣٦/١

وروى جعفر [١] بن محمد عن أبيه [٢] أن إقامة علىّ رضى الله عنه كانت مرة مرة .

وعن بكير بن عبد الله الأشج [٣] قال : « أدركت أهل المدينة فى الأذان على مثنى مثنى ، والإقامة مرة واحدة » وبكير بن عبد الله من كبار فقهاء التابعين وخبره هذا عن الصحابة والتابعين بالمدينة [٤] .

وعن ثوبان قال : صحبت ابن عمر من المدينة إلى مكة ، وكان مؤذنناوإمامنا وكان إذا أذّن ثنّا وإذا أقام أفرد .

وعن مجاهد [٥] قال : كان أذان عبد الله بن عباس مثنى مثنى، وإقامته مرة مرة [٦] .

وروى قتادة [٧] عن قيس أنه كان أذانه مثنى مثنى وإقامته واحدة [٨] .

---

(١) جعفر بن محمد بن على بن الحسين بن على بن أبى طالب الهاشمى أبو عبد الله المعروف بالصادق ، صدوق فقيه إمام ، من السادسة ، مات سنة ١٤٨ هـ .

وروى له البخارى فى الأدب المفرد ومسلم وأصحاب السنن الأربعة انظر : التقريب ص ٥٦

(٢) تقدمت ترجمته .

(٣) بكير بن عبد الله الأشج مولى بنى مخزوم أبو عبد الله أو أبو يوسف المدنى ، نزيل مصر ، ثقة ، من الخامسة ، مات سنة ١٢٠ هـ ، روى له الجماعة . انظر : التقريب ص ٤٧ - ٤٨

(٤) نقل ذلك عنه فى التحقيق : ١/٢٤١ .

(٥) مجاهد بن جبر أبو الحجاج المخزومى مولاهم المكى ، ثقة إمام فى التفسير وفى العلم ، من الثالثة ، مات سنة ١٠١ هـ / ١٠٢ هـ . وله ثمانون سنة ، روى له أصحاب الكتب الستة ، انظر: التقريب ص ٣٢٨

(٦) لم أقف على مَنْ خرّجه .

(٧) قتادة بن دعامة بن قتادة السدوسى أبو الخطاب البصرى ثقة ثبت ، يقال : وُلِدَ أكمه وهو رأس الطبقة الرابعة ، مات بضع عشرة . انظر : التقريب ص ٢٨١

(٨) لم أقف على مَنْ خرّجه .

وري يزيد [١] بن أبى عبيد عن سلمة بن الأكوع أنه كان إذا أذّن ثنّى وإذا أقام أفرد [٢] .

وروى إفراد الإقامة عن سعيد بن المسيب والفقهاء السبعة بالمدينة وعن الحسن البصرى كذلك [٣] .

وكذلك عن عروة بن الزبير وعمر بن عبد العزيز وسالم بن عبد الله وأبى قلابة ، وعراك بن مالك ، ومحمد بن كعب القرظى ، وابن شهاب الزهرى وغيرهم ممن يكثر عددهم .

وقد ذهب إلى هذا من الأئمة مالك بن أنس والأوزاعى والليث بن سعد وأحمد بن حنبل ، وإسحاق بن / إبراهيم وغيرهم ، ولم ينقل ما صاروا إليه عن أحد من الأئمة إلا عن سفيان وابن المبارك . ٢٠/أ

وقد ورد فى الخبر : « عليكم بالسواد الأعظم » وهو معنا فى هذه المسألة. وأما الذى رووه عن إبراهيم فقد روى محمد بن أبان عن حماد عن إبراهيم قال : « أول مَنْ نقض التكبير فى الصلاة وخطب قبل الصلاة فى العيد وجلس على المنبر ونقض الإقامة معاوية بن أبى سفيان » .

والمنقول بالضاد لا بالصاد ، وكان نقضه بالإقامة إن جعلها مثنى مثنى ، فإنّا روينا أن الإقامة كانت فرادى فى زمان رسول الله ﷺ والخلفاء الراشدين من بعده فذكر إبراهيم أن أول مَنْ غيّرها معاوية بن أبى سفيان .

---

(١) يزيد بن أبى عبيد الأسلمى مولى سلمة بن الأكوع ، ثقة من الرابعة ، مات سنة بضع وأربعين روى له الجماعة . انظر : التقريب ص ٣٨٣

(٢) رواه الدارقطنى فى سننه : ٢٤١/١

(٣) ذكر ذلك البيهقى فى سننه : ٤٢٠/١ ، المصنف لابن أبى شيبة : ٢٠٥/١

قال الحاكم أبو عبد اللّه الحافظ [1] : « والدليل على المنقول عن إبراهيم هكذا ، أنَّا روينا عن إبراهيم النخعى ما يوافق مذهبنا » .

روى إسحاق عن جرير عن مغيرة بن إبراهيم قال : لم يكونوا يرون بأساً إذا انتهى المؤذن إلى قوله : « حى على الصلاة . حى على الفلاح » أن يقولها مرة مرة فى الإقامة وكانوا يقولونها فى الأذان مرتين مرتين . قال الحاكم : ولو كان عند إبراهيم سُنَّة صحيحة فى تثنية الإقامة لم يرخص فى إفرادها ، كما لم يرخص فى الأذان ، فإذا جمعنا بين الروايتين عن إبراهيم ظهر أن نقض الإقامة تثنيتها لا إفرادها [2] .

وأما الذى نقلوا عن مجاهد فلا يعرف أصلاً ، وقد بسطنا القول فى هذه المسألة زيادة بسط لأنها شعار المذهب .

وأما تعلقهم بالزيادة فى ترجيح الأخبار فقد بيَّنا أنه لا تعارض حتى يُصار إلى الترجيح ، ثم ينعكس عليهم فى الترجيح ، واللّه أعلم بالصواب .



---

(١) صاحب المستدرك .

(٢) ذكره محمد بن الحسن فى كتاب الحجة : ١/٨٤

(مسألة)

إذا اشتبهت القبلة على إنسان فصلى على جهة بالتحرى (*) ثم تبين أنه أخطأ القبلة فإنه يلزمه الإعادة على أحد القولين (١) .

وعندهم : لا يلزمه (٢) ، وهو القول الثانى (٣) ، واختيار المزنى (٤) .

لنا :

إن الأمر بالتوجه إلى الكعبة بعد الإشتباه قائم بدليل أنه قد كان مأموراً بالتوجه إلى الكعبة ولم يوجد إلا الإشتباه ، واشتباه الكعبة لا يوجب سقوط الأمر بالتوجه إلى الكعبة ، لأن الإشتباه إلى الإرتفاع ، ولأنه يُتصور إصابة الكعبة مع الإشتباه فلم يسقط الأمر بالتوجه إليها .

(*) التحرى : هو طلب الشئ بغالب الرأى عند تعذر الوقوف على حقيقته - المبسوط : ١٨٥/١.

(١) النكت ورقة ٣٥ / أ ، قال الشيرازى فى النكت : وهو أصح القولين .

المنهاج مع المغنى : ١٤٧/١ ، مختصر المزنى مع الأم : ٦٥/١ ، ٦٦ ، حلية العلماء : ٦٣/٢ ، شرح السنة للبغوى : ٣٢٦/١

(٢) الإسرار لأبى زيد : ٣٦/١ / أ مراد ملا ، رؤوس المسائل ص ١٤٢ ، مختصر الطحاوى ص ٢٦ ، أحكام القرآن للجصاص : ٦٣/١ ، المبسوط : ١٩٢/١. ، وهو قول الحنابلة ، التحقيق : ٢٥٥/١ ، المغنى : ١١١/٢ ، وهو قول مالك إلا أن مالكاً استحب له الإعادة فى الوقت .

الجامع لأحكام القرآن : ٨٠/٢ ، أحكام القرآن لابن العربى : ٣٤/١ ، الإشراف : ٧٠/١

(٣) النكت للشيرازى ورقه ٣٥ / أ ، شرح السنة : ٣٢٦/١

(٤) مغنى المحتاج : ١٤٧/١ ، مختصر المزنى مع الأم : ٦٨/١ ، حلية العلماء : ٦٣/٢ ، شرح السُنَّة للبغوى : ٣٢٦/١

يبيِّنه أنه إذا اشتبه الثوب الطاهر فى ثوبين : نجس وطاهر ، واشتبه الماء الطاهر فى أوانى بعضها طاهر وبعضها نجس ، فإنه لا يسقط وجوب الصلاة فى الثوب الطاهر والتوضئ بالماء الطاهر ، كذلك فى مسألتنا ، وإذا ثبت أن الأمر السابق قائم كلف التوجه إلى الكعبة فإذا ظهر الخطأ فقد تبين أنه أخطأ ما كلف إصابته فيجب عليه أن يعيد الصلاة ليأتى بالصلاة على وفق المأمور ، فإن كان الوقت قائماً أدى وإن كان فائتاً قضى، ونظيره إذا اجتهد الحاكم فى حادثة ثم ظهر له النص بخلاف ما حكم فإنه ينقض حكمه لما بيّنا من المعنى ، كذلك هاهنا ، وكذلك إذا صلى فى يوم غيم بغالب الظن ، ثم تبين أنه صلى قبل الوقت فإنه يلزمه الإعادة ، كذلك هاهنا ، ولا فرق بينهما عند التأمل .

وأما حجتهم :

تعلقوا بقوله تعالى : ﴿ ولله المشرق والمغرب ، فأينما تولوا فثَمَّ وجه الله ﴾ [(١)] قالوا : (نزلت هذه الآية فى شأن الصلاة حالة الاشتباه [(٢)] بدليل ما روى عن عامر [(٣)] بن ربيعة قال : كنا فى سفر فاشتبهت علينا القبلة فصلينا بالتحرى فلما أصبحنا علمنا أنَّا أخطأنا القِبلة فسألنا رسول الله ﷺ فأنزل الله تعالى هذه الآية » [(٤)] .

---

(١) سورة البقرة : آية (١١٥) .

(٢) ذكر ذلك الجصاص فى أحكامه : ٦٣/١ ، وابن العربى فى أحكامه : ٣٤/١ ، وقال : « وأما قول عامر بن ربيعة فقد أسنده إلى النبى ﷺ ولم يصح عنه وإن كان المصنفون قد رووه » أ هـ .

(٣) عامر بن ربيعة بن كعب بن مالك العنزى حليف آل الخطاب ، صحابى مشهور أسلم قديماً وهاجر وشهد بدراً ، مات ليالى قتل عثمان . روى له الجماعة ، انظر : تقريب التقريب ص ١٦٠.

(٤) رواه الطبرى فى تفسيره : ٥٠٣/١ ، ورواه ابن ماجه فى سننه : ٣٢٦/١ وكل روايتهم عن أشعث السمان عن عاصم بن عبيد الله .

ورواه الترمذى فى سننه : ٦٨/٤ مع التحفة وقال : « هذا حديث غريب لا نعرفه إلا من حديث أشعث السمان أبى الربيع عن عاصم بن عبيد الله ، وأشعث يضعف فى الحديث » أ هـ . =

قالوا : وآية استقبال الكعبة لا ترد هذا ، لأن هذه الآية نزلت حال الإشتباه ، وتلك الآية نزلت فى حالة العلم ، وهذا لأن حقيقة شرط الصلاة استقبال وجه اللّه بنص الكتاب لأنه قام إلى تعظيمه وعبادته كما يكون فى الشاهد إلا أن أفعال العباد لم تشرع إلا على سبيل يكون العبد مبتلى بأدائه بضرب اختيار طاعة اللّه تعالى على خلاف هواه وفى استقبال وجه اللّه تعالى على الحقيقة لا يتصور معنى الإبتلاء ، لأن اللّه تعالى لا جهة له فلا يتوجه العبد شطراً إلا وثَمَّ وجه اللّه كما قال اللّه تعالى : ﴿ فأينما تولوا فثَمَّ وجه اللّه ﴾ فأقيمت الكعبة مقام الحقيقة ليتحقق الإبتلاء بقصد تلك الجهة ، ولما اشتبهت أُمِرَ بجهة هى عنده جهة الكعبة ليتحقق معنى الإبتلاء بطلبها فإذا فعل تم شرط / صحة الفعل عبادةً ولم يتبين الخطأ من بعد ، لأن المراد وجه اللّه وقد أصاب وما أخطأه) [1] ، وخرج على هذا فصل الحاكم إذا اجتهد ثم ظهر له النص ، لأن الأصل هو النص فى الحادثة إذا وُجِدَ وقد أخطأه وهاهنا الأصل وجه اللّه وقد أصابه على ما بيَّنا .

٢٠/ب

وكذلك سائر المسائل ، هذا استدلال أبى زيد فى الأسرار بالآية قال : (والمعنى أن التكليف من اللّه تعالى مبنى على وسع العبد أو دونه وليس فى وسع الغائب عن الكعبة إصابة عينها فإن النجوم تدل على الجهة دون العين فسقط إصابة العين بالإجماع ، فكذلك إصابة جهة الكعبة تسقط إلى جهة هى جهة الكعبة فى ظنه وتحريه إذا تغيمت السماء) [2] وفقدت

= ورواه الدارقطنى فى سننه عن أشعث السمان : ١/٢٧٢

ونقل الزيلعى فى نصب الراية عن ابن القطان قوله : « الحديث معلول بأشعث وعاصم ، فأشعث مضطرب الحديث ينكر عليه أحاديث ، وأشعث السمان سئ الحفظ ، يروى المنكرات عن الثقات وقال فيه عمرو بن على الفلاس : متروك » أ هـ . نصب الراية : ١/٣٠٤

(١) ما بين القوسين نقلا من الأسرار : ١/٣٦ / أ / ب مراد ملا .

(٢) ما بين القوسين نقلاً من الأسرار : ١/٣٦ / ب مراد ملا .

الدلائل ، لأنه ليس فى وسعه إصابة الجهة حقيقة ، وبقى الأمر بالصلاة إلى جهة هى جهة الكعبة وقد فعل وأدى الصلاة إلى ما كلف وفعلها على الشرط الذى أُمِر فلا يجب عليه إعادتها بحال .

وربما يعبرون عن هذه فيقولون : إن الغائب عن الكعبة لا يعرفها إلا بالدليل وقد خفيت الدلائل ولم يبق إلا فراسة القلب وشهادته فإذا صلى على ذلك وتوجه إلى جهة شهد قلبه أن الكعبة فى تلك الجهة فقد أتى ما أُمِر .

واستدلوا من حيث الحكم فى أنه غير مأمور بالصلاة إلى الكعبة حقيقة أنه لو تحرى ومال رأيه إلى جهة ثم ترك الجهة وصلى إلى جهة أخرى وتبين أنه أصاب الكعبة لا تجوز صلاته لأنه خالف القِبلة ، ولو كانت قِبلته الكعبة لجازت صلاته ، كما نقول لو تحرى فى الثوب ، أو الماء فى موضع الجواز عندنا وترك تحريه وصلى فى الثوب الآخر أو توضأ بالماء الآخر ثم تبين أنه قد أصاب من الثوب الطاهر أو الطاهر من الماء فإنه تجوز صلاته . ثم قالوا : مسألة الثوب والماء ، الدليل الموصل إلى نجاسة الثوب والماء قائم فى حال الإستعمال ، لأنه إما أن يعلم بخبر مخبر أو أثر يراه أو كان فى وسعه تحصيل ذلك العلم بالطريق الذى ثبت له العلم بعد ذلك ومتى حصله يبقى معه ، فإنه متى علم بنجاسة الثوب ونجاسة الماء يبقى معه ذلك العلم فلما لم يحصل ذلك كان لتقصير وتفريط من جهته فلم يكن معذوراً إلا أنه لا يأثم لأنه يلحقه الحرج فى تحصيله وإن كان فى وسعه ، فمن حيث إنه يلحقه الحرج فى تحصيله لا يأثم وتحريه الصلاة إذا بقى الإشتباه ، ومن حيث إنه يمكنه تحصيله لم يسقط الخطاب باستعمال ماء طاهر والصلاة فى ثوب طاهر .

وأما فى مسألتنا فأكثر ما فى الباب أن يتعلم علم النجوم ويعرف الدلائل إلا أن هذه الدلائل لا تبقى معه حال الإشتباه ، فلم يبق دليل سوى

التحرى والتحرى لا يوصله إلى جهة الكعبة حقيقة فثبت سقوطها وبقى عليه ما فى وسعه .

قالوا : وكذلك إذا اجتهد الحاكم فى حادثة ثم ظهر النص ، لأنه مقصر فى طلب النص ، لأنه لو طلبه على وجهه لأصابه فلم يكن معذوراً .

فإن قلتم : هو مقصر هاهنا أيضاً ، لأنه كان فى وسعه أن لا يسافر .

نقول : السفر مباح له ، وربما يجب فى مواضع فلا يعد مقصراً بالسفر وليس كما لو تبين أنه صلى قبل دخول الوقت ، لأنها لم تجب عليه بعد ، لأنها تجب بدخول الوقت وأداء الواجب قبل الوجوب لا يتصور . وأما هاهنا فالصلاة واجبة ، وإنما الكلام فى شرط الأداء وهو أصابه ، وقد أصاب ما كُلِّف على ما سبق .

قالوا : وأما أصل الطلب إنما يوجب ، لأن الطلب مطمع للوصول وإن كان غير موصل حقيقة فوجب لهذا .

يبينه أنه لما وجب الطلب لرجاء أن يصب قام رجاء الإصابة مقام حقيقة الإصابة فى حق جواز الصلاة وسقط عنه إصابة الكعبة حقيقة العجز .

وهذا كالغازى افترض عليه الرمى إلى الكافر لرجاء إصابة الكافر وإذا رمى ولم يصب نال من الثواب ما لو أصاب ، لأن الإصابة متعذرة عليه فقام رجاء الإصابة مقام حقيقة الإصابة [1] . ويلزمون على قولنا أنه ظهر بعد ذلك . كما إذا صلى أربع صلوات إلى أربع جهات بالإجتهاد ، فإنه لا يلزمه إعادة شئ منها [2] ، وإن تيقن الخطأ فى ثلاث صلوات منها ، ويلزمون أيضاً إذا تيامن أو تياسر ثم ظهر ذلك فإنه لا يلزمه الإعادة كذلك إذا استدبر .

---

(١) الأسرار : ١٣٦/١ / أ .　　(٢) المبسوط : ١٩٤/١٠ .

الجواب :

٢١/أ قد دللنا أنه مأمور / بالتوجه إلى الكعبة عند الإشتباه ، ودللنا عليه بدلائل معتمدة ، ووجوب الطلب دليل قوى أيضا ، لأن الواجب بالتحرى طلب الكعبة ووجوب طلبها دليل بقاء الأمر بالتوجه إليها .

فأما تعلقهم بالآية فهى نزلت فى صلاة المسافر على الراحلة أينما توجهت به راحلته هكذا رواه ابن عمر (١) .

وخبرهم رواه أبو الربيع السمان (٢) وعمر (٣) بن قيس عن عاصم (٤) بن عبيد الله (٥) وهم متروكون ضعفاء (٦) .

---

(١) رواه مسلم فى صحيحه : ٢٠٩/٥ مع النووى فى باب جواز صلاة النافلة على الدابة حيث توجهت ، ورواه الطبرى فى تفسيره ٥٠٣/١ ، وقال ابن العربى فى أحكامه : « وهو صحيح وقوى فى النظر » : ٣٤/١

(٢) أبو الربيع السمان : أشعث بن سعيد البصرى أبو الربيع السمان متروك ، من السادسة ، روى له الترمذى وابن ماجه ، انظر : التقريب ص ٣٧ . وقد سبق تخريج الحديث عند الترمذى .

(٣) رواه أبو داود الطيالسى فى مسنده من رواية الأشعث وعمرو بن قيس . انظر : مسند أبى داود الطيالسى ص ١٥٦ رقم ١١٤٥

وفى المخطوط : عمر بن قيس .

ورواه البيهقى فى سننه : ١١/٢ من طريق الطيالسى فى مسنده وفيه عمر بن قيس .

(٤) عاصم بن عبيد الله بن عاصم بن عمر بن الخطاب العدوى المدنى ، ضعيف ، من الرابعة ، مات فى أول دولة بنى العباس سنة ١٣٢ هـ .

روى له البخارى فى أفعال العباد وأبو داود والترمذى والنسائى ، وابن ماجه . انظر : التقريب ص ١٥٩ .

(٥) فى المخطوط : عبيد . والتصحيح من مسند الطيالسى والبيهقى .

(٦) انظر : التقريب ص ٣٧ ، ١٥٩ ، التحقيق لابن الجوزى ٢٥٦/١ . النكت ورقة ٣٥ / أ .

وقد روى الدارقطنى هذا الخبر برواية جابر بن عبد اللّه بأسانيد حسنة [١] .

وذكر ابن أبى حاتم عن أبيه وأبى زرعة أن خبر ابن عمر فى الباب أحسن وأقوى فى الإسناد [٢] من خبر عامر بن ربيعة وجابر فيكون الأخذ به أولى .

وأما الذى قالوا : إن « الواجب استقبال اللّه تعالى » .

قلنا : هذا شئ مخترع مردود على قائله . وإذا زعموا أنه لا جهة له كيف يتصور استقباله [٣] ، وإنما الواجب هو التوجه إلى الكعبة بنص الكتاب والسُنَّة وإجماع الأمة وإنما وقع لهم هذا الكلام من قوله تعالى : ﴿ فأينما تولوا فثَمَّ وجه اللّه ﴾ .

وقد بيَّنا أنه ورد لا فى موضع الخلاف ، وعلى أن المراد من قوله : ﴿ وجه اللّه ﴾ رضا اللّه أو عبارة عن القبول ، وبه نقول فى الموضع الذى حملنا عليه الآية .

وأما المعنى الذى تعلقوا به فهو مبنى على حرف واحد وهو أنه لا يجوز أن يكلَّف الإنسان ما ليس فى وسعه ، وليس فى وسعه إصابة الكعبة حقيقة فسقط الأمر بالتوجه إليها .

قلنا: نحن لا نكلفه ما ليس فى وسعه فإنَّا وإن بقينا الأمر الأول عليه ، فإنما نكلفه بذلك الأمر بما يطيقه وما هو فى وسعه ، فإنَّا نقول : عليك طلب الكعبة لتصوّر الوصول ثم وإن وصلت بهذا الطلب فقد حصل المقصود ، وإن

---

(١) انظر : سنن الدارقطنى ٢/٢٧١

(٢) علل الحديث لابن أبى حاتم : ١/٧٦

(٣) فى هذا رد على نفاة الجهة للّه تعالى وقد دل الكتاب والسُنَّة على أن اللّه تعالى فى جهة العلو قال تعالى : ﴿ ءأمنتم مَنْ فى السماء أن يخسف بكم الأرض فإذا هى تمور ﴾ (الملك : ٦)

لم تصل وظهر لك يقين الخطأ فعليك أن تعيد الصلاة إلى جهة الكعبة فيبقى واجب الأمر الأول عليه على هذا الوجه وهو فى وسعه قطعاً ، ونظيره المسائل التى أوردناها ، ونختار منها : مسألة اجتهاد الحاكم ، فإنها نظير هذه المسألة من غير ارتياب فإن عليه طلب النص ولم يسقط بخفائه ، ولكنه وجب عليه الحكم باجتهاده ، مع اعتقاد أنه إذا وجد النص بخلافه نقض الحكم وحكم بما يوافقه ، ولم يصير وجوب الحكم بالنص عليه حال الإشتباه تكليفاً إياه ما ليس فى وسعه كذلك هاهنا .

وعذرهم عن هذه المسألة ومسألة الثوب والماء أنه مقصر ، ليس بشئ . لأن المسألة مصورة فيما إذا لم يقصر وطلب بغاية الجهد ولم يجد ولهذا لم يأثم . وقولهم : « إنما لم يأثم للحرج » .

قلنا : فأسقطوا عنه أصل الأمر للحرج ، وكذلك مسألة الصلاة قبل الوقت لازمة أيضاً ، وقولهم : « إنه صلى هناك قبل الوجوب » .

قلنا : وهاهنا بلا شرط الجواز وقد عدّت هذه المسألة من المشكلات .

وقد اتضح بما بيّناه غاية الوضوح ولم يبق إشكال أصلاً .

وأما إذا صلى أربع صلوات إلى أربع جهات فقد منع ، وعلى أن الصلاة التى أخطأ فيها القبلة غير متعينة له فلم يجب عليه الإعادة مثل ما لو قضى فى حادثة بأحكام وعلم أن فيها نصاً يوافق بعضها ويخالف البقية ، ولا يدرى أيها يوافق فإنه لا ينقض شيئاً من الأحكام .

وأما مسألة ظهور التيامن والتياسر ، لأن هناك ما ظهر يقين الخطأ ، لأن القبلة عين الكعبة ولا يصيبها إلا بالإجتهاد ، وقد فعل ما فعل بالإجتهاد فلو أمرنا بالإعادة نقضنا الإجتهاد بالإجتهاد ، وفى مسألتنا تبين يقين الخطأ حتى نقول : لو تبين نفس الخطأ فى تلك المسألة نقول يجب عليه الإعادة . والله أعلم بالصواب .

* * *

(مسألة)

إذا صلى الصبى فى أول الوقت ثم بلغ فى آخره لا إعادة عليه عندنا (١) .

وعندهم : عليه الإعادة (٢) وهو اختيار المزنى (٣) .

والمسألة فى نهاية الإشكال وهى واضحة للمخالفين ، لأن المؤدى فى أول الوقت نفل فإذا أدرك بالبلوغ آخر الوقت وجب فرض الوقت عليه .

ألا ترى أنه لو لم يكن صلى وجب عليه ، ولأنه وقت الوجوب فإذا أدركه الوجوب بالغاً فقد أدرك وقت الوجوب فأفاد الوجوب ، وإذا ثبت وجود سبب الوجوب فلو سقط سقط بالمفعول فى أول الوقت ، وقد بيَّنا أنه نفل ، والنفل لا يسقط به الواجب . وأما دليل صحة مذهب الشافعى رحمة اللّه عليه فقد قال بعض أصحابنا : إن فرض الوقت يجب على الصغير

---

(١) المنهاج مع المغنى : ١٣٢/١ ، وقال النووى فى المنهاج : « على الصحيح » ، الأم : ٧١/١ ، المجموع : ١٣/٣ ، حلية العلماء : ٦/٢

(٢) رؤوس المسائل ص ١٤٣ ، المبسوط : ٩٥/٣ ، بدائع الصنائع : ٢٩٢/١ ، جامع أحكام الصغار : ١٣٩/١ ، الأسرار : ٣٥/١ / ب مراد ملا .

وهو قول المالكية ، الإشراف للبغدادى : ٦٥/١

وهو المذهب عند الحنابلة ، الإنصاف : ٣٩٧/١ ، المغنى : ٥٠/٢ .

(٣) وهو القول المقابل للصحيح . مغنى المحتاج : ١٣٢/١ ، حلية العلماء ٩/٢

٢١/ب وجوب مثله بدليل ورود الأمر / به والضرب عليه عند الإمتناع ، وبدليل الأمر بالوضوء وهو واجب وإذا وجب عليه وقد فَعَلَه فلا يجب ثانياً .

وهذا ليس بشئ لأن البلوغ شرط التكليف فى العبادات البدنية بالإجماع بنص النبى عليه السلام ، ولأن حدّ الواجب ما يثاب على فعله ويعاقب على تركه ، وهذا لا يوجد فى حق الصغير .

وإن قلتم : إن هذا فى البالغ ، فهو ساقط ، لأن حد الشئ لا يختلف لشخص وشخص .

وقول القائل : « يجب عليه وجوب مثله » ، كلام لا يُفهم ، والواجب واحد فى جميع المواضع وعلى جميع الأشخاص .

وأما الأمرية والضرب فهوللتأديب والتمرين بفعله ليتخلق ويعتاد ذلك وينشأ عليه .

وأما الوضوء فلا نقول إنه واجب لكنه نفل يشرط لنفل .

ومن أصحابنا مَنْ قال : إن المؤدى وظيفة الوقت [١] ، لأنه طهر ، ولهذا يؤم بنية الطهر ولو لم ينو يقال له : أعد ، ووظيفة الوقت لا يثنى كما فى حق البالغ .

يبينه أن تثنية وظيفة الوقت يؤدى إلى الحرج ، والحرج مدفوع ولهذا لا ندعى الوجوب ونسلم أن المفعول نفل ، ولكن نقول : هو وظيفة الوقت مع النفلية ، وهذا أمثل من الأول .

وهم يقولون : ليس بوظيفة الوقت حقيقة ، ولكن فى صورة وظيفة الوقت أمر به للإعتياد والتخلق ، لأن وظيفة الوقت فى الحقيقة هو الفرض ولا فرض عليه .

---

(١) المجموع : ١٣/٣

الجواب :

إن منع كونه وظيفة الوقت لا يمكن ، لأنها صلاة مأمور بها فى وقت محدود معلوم لا يتوجه الأمر بها إلا بالوقت وينتهى بانتهاء الوقت ، وهذا معنى قولنا : « وظيفة الوقت » . وأما صفة النفل والفرض من وراء ذلك .

والمعتمد فى المسألة أن نقول : لم يدرك البلوغ وقت الوجوب فلا تجب عليه الصلاة كما لو بلغ بعد مضى الوقت .

وإنما قلنا ذلك ، لأن الوقت غير مراد لعينه ، وإنما هو مضروب للصلاة فإذا اتصل به الصلاة المضروب لها الوقت انتهى فى حق المصلى ، لأنه إذا كان إنما شرع لمعنى فإذا تمّ ذلك المعنى وانتهى لم يكن لبقاء الوقت معنى .

وهذا لأن وقت الصلاة بعد الفراغ عن الصلاة لا عمل له فى معنى ما ، فلم يكن وقت الصلاة بل كان زماناً من الأزمنة مثل سائر الأزمنة .

فأما فى حق غير المصلى فيبقى الوقت مشروعاً فى حقه بظهور عمله وفائدته .

فإن قالوا : هذا الذى قلتم يستقيم فى حق البالغ ، لأنه أدى الفرض ولا يستقيم فى حق غير البالغ ، لأنه لم يؤد فرض الوقت فيبقى الوقت فى حقه لطمع الأداء وترتيبه فى ثانى الحال .

قلنا : هو قد أدى المشروع له الوقت ، وهذا لأن الوقت شرع فى حقه لصلاة يؤديها ، فإذا أدَّاها انتهى الوقت فى حقه مثل ما ينتهى فى حق البالغ ، وهذا غاية الوسع .

والإشكال عظيم فى المسألة ، وقد تعلقوا بالحج إذا فعله الصبى ثم بلغ يلزمه وإنما ألزموه ذلك ، لأن الواجب فريضة العمر فعيَّن لفعله أكمل حالات الإنسان شرعاً ليجعل بفعله فى هذه الحالة كالمستوعب لجميع عمره بفعله ، وهذا لا يوجد فى حال الصغر ، لأنه حالة ناقصة ولا يمكن أن يجعل بفعله فيه بمنزلة المستوعب لجميع عمره بفعله . لأن الحالة الناقصة لا تنتظم الحالة الكاملة والحالة الكاملة جاز أن تنتظم الحالة الناقصة . والله أعلم .



(مسألة)

القراءة واجبة فى جميع الركعات عندنا [1] .

وعندهم : تجب فى ركعتين منها [2] .

لنا :

حديث الأعرابى أن النبى عليه السلام علّمه الصلاة والقراءة ثم قال : « وكذلك أفعل فى كل ركعة » [3] ، والأمر على الوجوب .

---

(١) المنهاج : ٢٥٦/١ ، المجموع : ٢٩١/٣ ، شرح النووى على مسلم : ١٠٣/٤ ، المهذب : ١٠٤/١

وهو الصحيح من المذهب عند الحنابلة ، وهو قول المالكية .

المغنى : ١٥٦/٢ ، التحقيق لابن الجوزى : ٣٣٠/١ ، الكافى فى فقه أهل المدينة : ٢٠١/١ ، المدونة : ٦٥/١ ، الإشراف للبغدادى : ٧٥/١

(٢) قال الكاسانى فى بدائعه : أما بيان محل القراءة المفروضة فمحلها الركعتان الأوليان عيناً فى الصلاة الرباعية وهو الصحيح من مذهب أصحابنا .

وقال بعضهم : ركعتان منها غير عين ، وإليه ذهب القدورى ، وأشار فى الأصل إلى القول الأول فإنه قال : إذا ترك القراءة فى الأولين يقضيها فى الآخرين ، فقد جعل القراءة فى الآخرين قضاء عن الأولين فدل على أن محلها الأوليان عيناً » أ هـ .

بدائع الصنائع : ٣٢٦/٢ ، مختلف الرواية ورقة ٣٨ / أ ، مختصر الطحاوى ص ٥٨ ، وهو رواية عن الإمام أحمد . المغنى : ١٥٦/٢

(٣) رواه البخارى فى صحيحه : ٢٣٧/٢ مع الفتح فى باب وجوب القراءة للإمام والمأموم .

ومسلم : ١٠٧/٤ مع النووى فى باب «قراءة الفاتحة فى كل ركعة ، وأبو داود فى سننه : ٥٣٤/١ مع المعالم فى باب صلاة مَنْ لا يقيم صلبه فى الركوع والسجود .

والترمذى فى سننه : ٩٧/٢ مع العارضة فى باب ما جاء فى وصف الصلاة ، والنسائى فى سننه: ٩٦/٢ فى باب فرض التكبيرة الأولى ، والإمام أحمد فى مسنده : ٤٣٧/٢

فإن قالوا : إن قوله : « افعل » ينصرف إلى الفعل دون القول .

قلنا : بل ينصرف إلى الكل . ألا ترى أنه ينصرف إلى التكبيرات والتسبيحات وإن كان من المقول لا من المفعول ، وهذا لأن الذكر فعل الإنسان فهو كفعل سائر الجوارح ، ولأن الثالثة والرابعة ركعة من الصلاة فتجب فيها القراءة الأولى والثانية ، وهذا قياس جلى شَبَهاً .

ويمكن أن يقال من حيث المعنى : إن القيام متردد بين العادة والعبادة فوجبت القراءة لتمييز العبادة عن العادة ، وهذا المعنى موجود فى جميع الركعات .

ألا ترى أن الركوع والسجود لما كان متميزاً عن العادة بذاته لم تجب فيها التسبيحات ، والقعود لما تردد بين العادة والعبادة كلف ووجب التشهد/ المميز فيه ويقال أيضاً : إن الثانية تكرار الأولى ، والثالثة تكرار الثانية فيجب فعله على رسم الأولى والثانية لهما وإلا لم يكن . ٢٢/أ

أما حجتهم :

نقلوا عن علىّ ، وابن مسعود رضى الله عنهما أنهما قالا فى المصلى : إنه بالخيار فى الركعتين الأخراوين إن شاء قرأ وإن شاء سبّح »[(١)] .

---

(١) ذكره فى المغنى استدلالاً لأبى حنيفة : ٢/١٥٦ ، الأسرار ورقة ١٠٢ / أ شهيد على .

وقال ابن الجوزى فى التحقيق : « إنه موقوف على علىّ ، غير مرفوع وراويه الحارث الكذاب » .

وقال ابن عبد الهادى بعد ذلك : « وهو ضعيف جداً » - التحقيق ١/٣٣٢ ، قال الخطابى فى المعالم : « وقد تكلم فى الحارث قديماً وممن طعن فيه الشعبى رماه بالكذب ، وتركه أصحاب الصحيح ، ولو صح ذلك عن علىّ رضى الله عنه لم يكن حجة ، لأن جماعة من الصحابة قد خالفوه فى ذلك منهم أبو بكر وعمر وابن مسعود وعائشة وغيرهم وسُنّة رسول الله أولى ما اتبع ، بل قد ثبت عن علىّ من طريق عبيد الله بن أبى رافع أنه كان يأمر أن يقرأ فى الأوليين من الظهر والعصر بفاتحة الكتاب وسورة وفى الأخريين بفاتحة الكتاب » أ هـ . معالم السنن : ١/٥٣٥

ولأن القراءة فى الأخراوين ذكر يخافت فيه جميع الأحوال فلم يكن واحداً ، دليله التسبيحات ، وهذا لأن الصلاة فى الأصل ركعتان على ما روى عن عائشة رضى الله عنها أنها قالت : « فرضت الصلاة ركعتين ركعتين فأقرت فى السفر وزيدت فى الحَضَر » (١) ، وإذا كانت كذلك فالركعتان أصل والباقى من ركعة فى المغرب واثنتين فى الصلوات ذوات الأربعة زيادة ، وقد ثبتت على الخفة فى الشرع ولهذا لا تقرأ السورة ولا يجهر بالقراءة فيها . ومن الخفة ألا تجب القراءة بل تُسَن .

وأيضاً فإنه لما لم تكن الركعتان الأخراوان أصلاً بل كان زيادة لم يتحقق فيهما التكرار الذى احتججتم به ، لأن الأصل لا يكرر بما ليس بأصل .

قالوا : وأما الذى قلتم بأن القراءة مميزة بين العادة والعبادة فليس بصحيح ، لأنه لو كان هذا المعنى يفيد الوجوب لوجب التشهد فى القعود الأول ، وبالإجماع هو غير واجب .

الجواب :

أما التعلق بالمخافتة فضعيف ، لأن القراءة تخفيها فى الظهر والعصر فى جميع الأحوال وهى واجبة ، وعلى عكس هذا فإن الإمام يجهر بالتكبيرات الفواصل بين الأركان وهى غير واجبة ، وهذا لأن الجهر والمخافتة اتباع محض ، ولا يهتدى إليهما قياس بحال .

وأما قولهم : « إن الأصل ركعتان » .

= قلت : وقد روى حديث أبى رافع : الدارقطنى فى سننه : ٣٢٢/١ وقال : هذا إسناد صيح عن شعبة .

أما ما يروى عن ابن مسعود فلم أجد مَنْ نسبه إليه من أصحاب المصنفات والآثار .

(١) رواه الإمام أحمد فى مسنده : ٢٤١/٦

والبيهقى فى سننه : ١٤٥/٣ ، فى باب إتمام المغرب فى السَفَر والحَضَر .

قلنا : لا بل كل الواجب أصل ، يبينه أنه وجب فى كل واحد من الركعتين الأخراوين من الفعل ما وجب فى الأولين ، دل أنهما أصل مثل الأولين . والخبر الذى رووه عن عائشة فليس فيه دليل ، لأنه يجوز أن يجب من بعد ويصير أصلاً مثل الأول كالشرائع التى وجبت شيئاً فشيئاً صارت كلها أصولاً وأركاناً .

فإن تعلقوا بالسقوط فى السفر فليس بشئ ، لأن الركعة الثالثة فى صلاة المغرب لا تسقط وليست بأصل على ما زعموا ، ولأن عندنا ما سقط ولكن القصر رخصة كما أن الإفطار رخصة .

وأما قولهم : « إنه وجبت الركعتان الأخروان على طريق الخفة » .

قلنا : ليس لهم على هذا دليل سوى حذف السورة منهما ، وهذا ممنوع على أحد القولين فإنه يشرع قراءة السورة فيهما كما يشرع فى الركعتين الأولين [١] ، وعلى أنه لا يدل شرع الخفة من هذا الوجه على سقوط أصل القراءة ، فإنه قد شرع فى الركعة الثانية فى الصبح على أصلهم نوع خفة حتى إنه لا يطول فيها ما يطول فى الأولى ، ومع ذلك يجب القراءة فيها مثل ما يجب فى الأولى .

وأما الذين تكلموا به على فصل التمييز بين العادة والعبادة من إلزام فصل التشهد الأول .

قلنا : وجب التشهد فى الجملة ، فإنه إن لم يجب الأول فقد وجب الثانى وعلى إنه خرج عن هذا الأصل بالنص الوارد فى إسقاط وجوبه على ما عرف .

---

(١) حلية العلماء : ٢/٩٤

وأما تعلقهم بأثر عليّ وابن مسعود .

فقد قيل : إن الراوى عن عليّ هو الحارث الأعور [١] ، وقد زعم الشعبى أنه كان كذاباً ، وعلى أن قول الصحابى الواحد والاثنين لا يقدَّم على القياس عندنا [٢] . اللّهم الا أن ينتشر فى الصحابة ولا يظهر له مخالف فينزل منزلة الإجماع [٣] ، وعلى أن التعلق بالظاهر من أفعال النبى عليه السلام أولى ، وقد قرأ النبى عليه السلام فى الركعات الأربع [٤] وقال : « صلوا كما رأيتمونى أصلى » [٥] . والله أعلم .

* * *

(١) تقدمت ترجمته ، انظر : التقريب ص ٦٠.

(٢) وهو أحد قولى الشافعى وأحمد فى إحدى الروايتين عنه والكرخى .

انظر : الأحكام للآمدى : ٣/١٩٥

(٣) قواطع الأدلة للمؤلف ورقة ١٦٢ / ب مخطوط .

(٤) وقد جاء ذلك فى حديث أبى سعيد الخدرى عند مسلم ولفظه : « أن النبى ﷺ كان يقرأ فى صلاة الظهر فى الركعتين الأولين فى كل ركعة قدر ثلاثين آية ، وفى الآخرين قدر خمس عشرة آية ، أو قال : نصف ذلك ، وفى العصر فى الركعتين الأوليين فى كل ركعة قدر قراءة خمس عشر آية ، وفى الآخرين قدر نصف ذلك » أ هـ .

انظر : صحيح مسلم مع النووى : ٤/١٧٢ ، فى باب القراءة فى الظهر والعصر .

(٥) رواه البخارى فى صحيحه : ٢/١١١ ، مع الفتح فى عدة مواضع منها فى باب الأذان للمسافرين إذا كانوا جماعة ، والدارمى فى سننه : ١/٣٨٦

والإمام أحمد فى مسنده : ٥/٥٣

(مسألة)

قراءة الفاتحة ركن فى الصلاة عندنا [١] .

وعندهم : الركن أصل القراءة [٢] ، فأما قراءة الفاتحة سُنَّة .

وزعم أبو زيد أن قراءة فاتحة الكتاب واجبة وليس بركن [٣] ، وجعل الفرق بين الركن والواجب أن ركن الصلاة ما يفسد بتركه الصلاة والواجب لاتفسد بتركه الصلاة .

لنا :

حديث الزهرى [٤] عن محمود بن الربيع [٥] عن عبادة بن الصامت أن

---

(١) المجموع : ٣/٢٩٠ - ٢٩٤ ، المهذب : ١/١٠٤ ، حلية العلماء : ٢/٨٤ ، المنهاج : ١/١٥٦

وهو قول مالك وأحمد .

أحكام القرآن لابن العربى : ١/٢ ، الإشراف للبغدادى : ١/٧٧ ، المقنع لابن قدامة : ١/١٦٦ ، الإنصاف : ١/٤٩

(٢) بدائع الصنائع : ١/٣٢٨ ، ٣٢٩ ، الأسرار لأبى زيد : ٩٨ / أ شهيد على ، أحكام القرآن للجصاص : ١/١٨ ، رؤوس المسائل ص ١٤٨ ، مختصر الطحاوى ص ٢٨

(٣) الأسرار لأبى زيد ٩٩ / ب شهيد على .

(٤) الزهرى : محمد بن مسلم بن عبيد الله القرشى الزهرى وكنيته أبو بكر الفقيه الحافظ ، متفق على جلالته وإتقانه ، وهو من رؤوس الطبقة الرابعة ، مات سنة ١٢٥ هـ ، روى له الجماعة ، انظر: التقريب ص ٣١٨

(٥) محمود بن الربيع بن سراقة بن عمرو الخزرجى أبو نعيم - أو أبو محمد - المدنى ، صحابى صغير وجل روايته عن الصحابة ، روى له الجماعة . انظر : التقريب ص ٣٣٠

أن النبى عليه السلام قال : « لا صلاة لمن لم يقرأ بفاتحة الكتاب »[1] .

وفى رواية : « لا صلاة لمن لم يقرأ بأم الكتاب »[2] .

وروى العلاء[3] بن عبد الرحمن عن أبيه[4] عن أبى هريرة أن النبى ﷺ قال : « كل صلاة لا تقرأ فيها فاتحة الكتاب فهى خداج »[5] .

---

(١) رواه البخارى فى صحيحه : ٢٣٧/٢ مع الفتح فى باب وجوب القراءة للإمام والمأموم .

ومسلم فى صحيحه : ٤/ ١٠٠ ، ١٠١ مع النووى فى باب وجوب قراءة الفاتحة .

وأبو داود فى سننه : ٥١٤/١ مع المعالم فى باب من ترك القراءة فى صلاته .

والترمذى فى سننه : ٤٦/٢ ، ١٠٧ ، ١١٠ مع العارضة فى باب ما جاء فى ترك القراءة خلف الإمام .

والنسائى فى سننه : ١٠٦/٢ ، فى باب إيجاب قراءة الفاتحة .

وابن ماجه فى سننه : ٧٣/١ فى باب القراءة خلف الإمام .

والدارمى فى سننه : ٢٨٣/١ فى باب لا صلاة إلا بفاتحة الكتاب .

والإمام أحمد فى مسنده : ٣١٤/٥ ، ٣١٦ ، ٣٢١ ، ٣٢٢ .

والدارقطنى فى سننه : ٣٢١/١ وقال : هذا إسناد صحيح .

وابن خزيمة فى صحيحه : ٢٤٦/١

والبغوى فى شرح السنّة : ٤٥/٣

(٢) رواها مسلم فى صحيحه : ٤/ ١٠٠ مع النووى .

(٣) العلاء بن عبد الرحمن بن يعقوب الحُرَقى أبو شبل المدنى ، صدوق ، روى له مسلم والأربعة والبخارى فى جزء القراءة ، انظر : التقريب ص ٢٦٨

(٤) عبد الرحمن بن يعقوب الجهنى المدنى مولى الحُرَقة - بضم المهملة وفتح الراء بعدها قاف - ثقة من الثالثة .

روى له مسلم والأربعة والبخارى فى جزء القراءة . التقريب ص ٢١٢

(٥) قوله : « فهى خداج » معناه ناقصة نقص فساد وبطلان - المعالم » : ٥١٢/١ وقد جاء فى بعض الروايات : « غير تمام » .

هذا الحديث رواه أبو داود فى سننه : ٥١٢/١ مع المعالم .

والترمذى فى سننه : ١٠٧/٢ مع عارضة الأحوذى .

وابن خزيمة فى صيحه : ٢٤٧/١ ، والبخارى فى جزء القراءة ص ١٧ ، ٢٢

٢٢/ب وروى شعبة [١] / عن العلاء بن عبد الرحمن عن أبيه عن أبى هريرة قال : قال رسول الله ﷺ : « لا يجزئ صلاة لا يُقرأ فيها فاتحة الكتاب ، قلتُ: فإن كنتُ خلف الإمام ؟ فأخذ بيدى وقال : « اقرأ فى نفسك يا فارسى » [٢] .

وقد روى هذا الحديث جماعة سوى عبادة وأبى هريرة ، منهم عمر بن الخطاب وجابر بن عبد الله ، وعمران بن حصين . وروى عثمان النهدى عن أبى هريرة قال : « أمرنى النبى ﷺ أن أنادى أن لا صلاة إلا بقراءة فاتحة الكتاب » [٣] .

وروى « أنه أعطاه نعليه » ليكون علامة له ، والإعتماد على السُنَّة ولامدخل للقياس فى هذه المسألة .

وأما حجتهم :

تعلقوا [بقوله تعالى : ﴿ فاقرؤا ما تيسر من القرآن ﴾ [٤] .

وبقوله : ﴿ فاقرؤا ما تيسر منه ﴾ [٤] ، فالتقييد بفاتحة الكتاب زيادة على كتاب الله وهو يجرى مجرى النسخ ، ولا يجوز ذلك بخبر الواحد ، وكذلك الصلاة ثابتة بكتاب الله تعالى ، وهى عبارة عن أركانها فلا يجوز إثبات ركن فيها إلا بالطريق الذى ثبت أصله . قال : والعدل من القول هو القول بين الكتاب والسُنَّة فنأمره بالعمل ونوجبه ولا نفسد الصلاة بتركها ، فعلى هذا راعينا حق كتاب الله تعالى الثابت باليقين ، ولم نلحق به زيادة ، وراعينا

---

(١) شعبة بن الحجاج .

(٢) رواه ابن خزيمة فى صحيحه : ٢٤٨/١ .

والدارقطنى فى سننه بلفظ :« لا تجزئ صلاة لا يقرأ الرجل فيها بفاتحة الكتاب » وقال : هذا إسناد صحيح . أ هـ : ٣٢٢/١

(٣) رواه الدارقطنى فى سننه : ٣٢١/١ ، والبخارى فى جزء القراءة ص ٢٢

(٤) سورة المزمل : آية (٢٠) .

خبر الواحد بأن عملنا به ، والأصل فى خبر الواحد أنه يوجب العمل دون العلم } [1] .

قال : (ويجوز أن يكون الشئ واجباً ولا يكون ركناً كالسعى عندنا واجب وليس بركن للحج ، وصدقة الفِطر واجبة وليست بركن من أركان الإسلام .

وكذلك العُمرة على أصلكم ، وكذلك الطواف محدثاً ومنكوساً وعرياناً وهذا لأن الأمر بالطواف ورد من غير قيد فالتقييد ثبت بالسُنَّة فلا نزيد لأنه نسخ بل نثبته تكميلاً وتحسيناً .

ولا تلزم القعدة الأخيرة ، لأن الحسن بن زياد [1] روى عن أبى حنيفة أنها ليست بواجبة ، ولأنه قد ثبت بالأخبار المتواترة أن النبى عليه السلام لم يُسلِّم إلا بعد القعدة ، والأمر بالصلاة فى كتاب الله مجمل فيكون فعله ﷺ بياناً لما لم يبينه الكتاب بخلاف القراءة ، لأن الآية ظاهرة مستغنية عن بيان رسول الله ولأن فعله يكون زيادة على كتاب الله تعالى وأنها نسخ وليس ببيان فيحمل فعله على بيان الكمال لأن الآية لم تتعرض له) [3] .

قالوا : (ولأن فريضة الصلاة فى الأصل متعلقة بالفعل دون القول فيكون فعل رسول الله بياناً للفعل ولا يصير بياناً للقول ، لأن القول فرض زائد ثبت بقوله : ﴿ فاقرؤا ما تيسر ﴾ وهو ظاهر لا بقوله : ﴿ وأقيموا الصلاة ﴾ الذى هو مجمل) [4] وهذا استدلال أبى زيد فى المسألة ذكره فى الأسرار .

---

(١) ما بين القوسين نقلاً عن الأسرار ٩٨ / أ ، ب شهيد على .

(٢) الحسن بن زياد اللؤلؤى الكوفى صاحب أبى حنيفة ، مات سنة ٢٠٤ هـ .

انظر : الفوائد البهية فى تراجم الحنفية ص ٦٠ - ٦١

(٣) ما بين القوسين نقلاً من الأسرار ورقة ٩٨ / ب (مع بعض التصرف) .

(٤) ما بين القوسين نقلاً من الأسرار ورقة ٦٨ / ب شهيد على .

وقد تعلق بعضهم : بنوع آخر من الإستدلال وهو أن الفاتحة مدنية وقد كان الجواز ثابتاً بالإجماع قبل نزول الفاتحة بلا فاتحة ولا يرفع هذا الحكم إلا بدليل مجمع عليه .

وقالوا : أيضاً : (إن القرآن لا يحفظ إلا بالقراءة وحفظه واجب وأن لايهجر شئ منه ولا تجب القراءة إلا فى الصلاة فلو عيّنا الفاتحة للركن وأوجبناها لصار الباقى مهجوراً غير محفوظ فوجب أن يجعل ركن القراءة غير متعين لتأتى القراءة على جميع القرآن).[1] .

وقالوا : أيضاً : (إن القرآن له أحكام مخصوصة نحو جواز الصلاة بقرأته وحرمة القراءة على الحائض والجنب وحرمة مسّ المصحف إلا طاهراً وحرمة القراءة حيث لا يسمع فى مجامع الناس ووجوب الإستماع حيث يقرأ فى الصلاة والخطبة ومواضعه إبانة لشرفه ثم لا يختص شئ من القرآن بشئ من هذه الأحكام حتى لا يصير الباقى مفضولاً فيصير مهجوراً ، فكذلك فى هذا بل أولى ، لأن إبانة الشرف فى هذا أكثر } [2] .

قالوا : (وأما أخباركم وردت زائدة على كتاب الله تعالى فلا تقبل ، أو تحمل على الزيادة سُنَّة ، أو يقال : ثبتت هذه الزيادة عملاً لا علماً فيلزمه القراءة وتجوز الصلاة بدونه) [3] ، وقد رووا عن النبى ﷺ أنه قال : « لا صلاة إلا بقرآن ولو بفاتحة الكتاب » [4] .

---

(١) ما بين القوسين نقلاً من الأسرار ورقة ٩٨ / ب ، . . ١ / أ شهيد على .

(٢) ما بين القوسين نقلاً من الأسرار ٩٩ / ب . . . ١ / أ شهيد على .

(٣) ما بين القوسين نقلاً من الأسرار ورقة . . ١ / أ شهيد على .

(٤) نسبه الزيلعى فى نصب الراية للطبرانى فى المعجم الأوسط .

وقال : لم يروه عن الحجاج بن أرطأة إلا ابن طهمان ، نصب الراية : ٣٦٧/١

ورواه أبو داود من طريق آخر فى سننه : ٥١٢/١ مع المعالم .

ورواه أبو بكر الجصاص فى أحكامه من طريق أبى داود : ١/ ٢٠ .

ورووا عن النبى عليه السلام قال : « لا صلاة إلا بفاتحة الكتاب أو غيرهـا »[1] ومعتمدهم التعلق بالآية ، وقد أيدوا ذلك بحديث الأعرابى وهو ما روى عن النبى عليه السلام أنه قال له / : « ثم اقرأ ما تيسر معك من القرآن »[2] .

٢٣ / أ

الجواب :

أما التعلق بالآية ، قلنا : ليس فيها أكثر من الأمر بقراءة ما تيسر وما تيسر يختلف ، لأنه قد تتيسر السورة الطويلة وقد لا تتيسر السورة القصيرة فصارت الآية مجملة من هذا الوجه . وصارت الأخبار التى رويناها بياناً لها .

وأما قولهم : « إن إيجاب الفاتحة زيادة فى الكتاب » .

قلنا : قد تثبت الزيادة على الأصلين ، لأن عندنا تجب الفاتحة ، وعندكم يُسَن قرأتها حتى لو تركها يجب عليه سجود السهو ، وإنما تثبت الزيادة عندكم بالسُنَّة فكذلك الوجوب ، وعلى أنَّا بيّنا فى مواضع من هذا الكتاب وغيره أن مثل هذا لا يعد نسخاً ولا يجوز اعتقاد النسخ فيه أصلاً ، ومَنْ اعتقد النسخ فى أمثال هذا فلم يعرف معنى النسخ .

---

(١) ذكره الزيلعى فى نصب الراية ٣٦٧/١ - وفيه أحمد بن عبد الله الكوفى المعروف باللجلاج، ضعيف قال ابن عدى : حدث بأحاديث مناكير لأبى حنيفة ، الكامل لابن عدى ١٩٧/١ .

(٢) رواه البخارى فى صحيحه : ٢٣٧/٢ مع الفتح فى باب وجوب القراءة للإمام والمأموم .

ورواه أبو داود فى سننه : ٥٣٤/١ مع المعالم .

وفى بعض رواياته : « ثم اقرأ بأم القرآن وبما شاء الله أن تقرأ » : ٥٣٧/١ ، ٥٣٨

وعند أبى داود من طريق آخر من حديث أبى سعيد بسند قوى . « أمرنا رسول الله ﷺ أن نقرأ بفاتحة الكتاب وما تيسر » .

انظر : سنن أبى داود : ٥١٢/١ مع المعالم ، فتح البارى : ٢٤٣/٢ .

وأما قول أبى زيد : « إن قراءة الفاتحة واجبة وليست بركن حتى لا تفسد الصلاة بتركها »[1] .

قلنا : إذا سلمت أنها واجبة لزمت قراءتها فى الصلاة ، وإذا لزمت صارت منها كأصل القراءة فيكون تركها مفسداً لها .

وهذا لأن علامة الواجب فى الصلاة فسادها بتركه .

وأما الذى قالوا : إن قراءة الفاتحة لم تكن واجبة فبقى الأمر على ما كان من قبل ، ولأن الفرائض كانت على عهد رسول الله ﷺ على التعيين، وقد كانت القراءة واجبة من قبل من غير تعيين سورة من القرآن ثم ورد الشرع بتعيين سورة الفاتحة فوجب الصلاة على هذا المعنى .

وأما قولهم : « إن تعين الفاتحة يؤدى إلى أن يصير باقى القرآن مهجوراً » ، فهذا محال لأنه إن كان إيجاب قرأة الفاتحة يؤدى إلى هذا فاستنان قراءتها أيضاً يؤدى إلى هذا ، وهذا لأنَّا وإن أوجبنا قراءة الفاتحة فيشرع معها قراءة غيرها من السورة فلا يؤدى إلى ما قالوه .

وأما قولهم : « إن سائر الأحكام المتعلقة بالقرآن لا تختص بالفاتحة » .

قلنا : سائر الأحكام قد تعلقت بالقرآن على العموم ، وهذا على الخصوص بدليل أن عندنا قراءة الفاتحة على التعيين مشروعة على الوجوب، وعندكم على السُنَّة .

وقد قال أصحابنا : إن قراءة القرآن لما وجب فى الصلاة وجب أن يتعين الفاتحة لأن القرآن امتاز عن غيره بالإعجاز ، وأقل ما يحصل به الإعجاز سورة وهذه أشرف السور لأنها السبع المثانى .

---

(١) الأسرار ورقة ٩٨ / ب شهيد على .

ولأنها تصلح عوضاً عن جميع السور ولا يصلح جميع السور عوضاً عنها [١] ، ولأنه تشتمل على ما لا تشتمل عليه سورة ما على قدرها من الآيات ، وذلك مثل التمجيد والثناء للرب والإستعانة والإستعاذة والدعاء من العبد ، وإذا صارت هذه السورة أشرف السور وحالة الصلاة أشرف الحالات فتعينت أشرف السور فى أشرف الحالات .

وأما الخبران اللذان تعلقوا بهما فلا يثبت واحد منهما .

أما الأول فرواه أبو على جعفر بن ميمون [٢] قال يحيى : ليس بثقة [٣] .

والخبر الثانى : رواه طريف بن شهاب السعدى [٤] ، قال أحمد : لا يكتب حديثه [٥] . فلا يعارض ما ذكرنا . والله أعلم .

* * *

---

(١) كما رواه ذلك الدارقطنى فى سننه من حديث عبادة : ٣٢٢/١

(٢) أبو على جعفر بن ميمون التميمى بيّاع الأنماط ، صدوق يخطئ ، من السادسة ، روى له الأربعة .

انظر : التقريب ص ٥٦ .

(٣) انظر : قول يحيى وغيره فى تهذيب التهذيب : ١٠٩/٢

وقال العقيلى فى روايته عن أبى عثمان عن أبى هريرة فى الفاتحة : « لا يتابع عليه » .

(٤) طريف بن شهاب - أو ابن سعد - السعدى البصرى الأشل - بالمعجمة ، ويقال له الأعسم- بمهملتين ، ضعيف من السادسة .

روى له الترمذى ، وابن ماجه ، انظر : التقريب ص ١٥٦ ، تهذيب التهذيب : ١٢/٥

(٥) انظر : قول الإمام أحمد فى : تهذيب التهذيب : ١٢/٥

(مسألة)

« بسم الله الرحمن الرحيم » آية من الفاتحة عندنا ويُجهر بها في الصلاة [1] .

وعندهم : ليست بآية من الفاتحة يخفيها عند القراءة [2] .

وقال أبو بكر الرازي [3] من أصحابهم : إنها مفردة أنزلت للفصل بين

---

(١) النكت ورقة ٤٠/أ ، المهذب : ١٠٤/١ ، حلية العلماء : ٨٥/٢ ، ٨٦ شرح النووي على مسلم : ١٠٤/٤ ، ١١١ ، معالم السنن : ٥١٣/١ روضة الطالبين : ٢٤٢/١

ومعهم الحنابلة في كونها آية من الفاتحة ، المغني : ١٥١/٢ ، الإفصاح : ١٢٦/١

(٢) رؤوس المسائل ص ١٥٠ ، المبسوط : ١٥/١ ، ١٦ ، مختصر القدوري ٦٦/١

شرح معاني الآثار للطحاوي : ٢٠٥/١ ، الأسرار للدبوسي ورقة ٩٧ /أ/ب شهيد على ، ومعهم الحنابلة في مسألة عدم الجه بها . أما قراءتها فلا بد من قراءتها في السرية والجهرية ، الإفصاح ١٢٦/١ ، المغني : ١٤٩/٢ .

وهو قول الامام مالك في كونه ليست آية من الفاتحة ، أما القراءة فهي لا تقرأ عنده سراً ولا جهراً ، وإن قرأ بها في الجهرية فلا حرج .

قال البغدادي في إشرافه : « والمستحب ترك قراءتها فإن قرأها لم يجهر بها » .

وقال ابن عبد البر في الكافي : « ولايقرأ فيها بسم الله الرحمن الرحيم ، لا سراً ولا جهراً وهو المشهور من مذهب مالك » .

الاشراف للبغدادي : ٧٥/١ ، ٧٧ ، الكافي : ٢٠١/١ ، المدونة : ٦٤/١ ، قوانين الأحكام الشرعية لابن جزي ص ٧٥ ، معالم السنن للخطابي : ٥١٣/١

وقال الحنابلة في رواية عن الإمام أحمد أنها ليست بآية من الفاتحة :

قال ابن قدامة : « وهي المنصورة عن أصحابه » المغني : ٢ / ١٤٩ .

(٣) أبو بكر الرازي هو أحمد بن علي الجصاص كان إمام الحنفية في عصره ، له أحكام القرآن وشرح مختصر الطحاوي ، مات سنة ٣٧٠ هـ .

انظر : الفوائد البهية في تراجم الحنفية ص ٢٧ ، ٢٨

السورتين (١) . والمعتمد من الدليل لنا : أن التسمية مكتوبة فى المصاحف بقلم الوحى على رأس كل سورة (٢) ، والصحابة ما أثبتوا فى المصاحف إلا القرآن (٣) ، وكان مقصودهم بذلك صيانته عن الزيادة والنقصان .

ولهذا كرهوا التفاسير ، وقالوا : جرِدوا القرآن ، وإذا كانت التسمية مثبتة فى المصاحف بقلم الوحى على رأس كل سورة ، دل أنهم إنما أثبتوها فى مواضعها لأنها من القرآن فى موضعها المثبتة فصارت مثبتة كسائر آيات القرآن .

يبينه أنه إذا لم تكن من القرآن فى موضعها المثبتة فيه يؤدى إلى أن يكونوا خلطوا القرآن بغير القرآن ، وهذا لا يجوز .

ويمكن أن يقال : إن ما بين الدفتين قرآن بإجماع الصحابة .

وقد اشتملت الدفتان على التسمية فى مواضعها .

دل أنها من القرآن فى مواضعها وهذا هو المعتمد من الدليل .

وقد تعلق الأصحاب بحديث ابن جريج عن عبد الله بن أبى مليكة عن أم سلمة أن النبى عليه السلام عد الفاتحة آية آية للأعرابى ، وعد / بسم الله الرحمن الرحيم آية منها » (٤) .

٢٣/ب

---

(١) انظر أحكام القرآن للرازى : ١٤/١

(٢) المجموع : ٢٦٨/٣ ، ٢٦٩ ، شرح النووى على مسلم : ١١١/٤

(٣) المغنى : ١٥١/٢ ، شرح النووى على مسلم : ١١١/٤

(٤) رواه الدارقطنى فى سننه : ٣١٣/١ وقال بعد ذلك : « واللفظ لعبد الله بن محمد إسناد صحيح ، كلهم ثقات ، قال لنا عبد الله بن محمد : رواه عمر بن هارون عن ابن جريج فزاد فيه كلاما » أ هـ .

وابن خزيمة فى صحيحه عن عمرو بن هارون عن ابن جريج : ٢٤٨/١ ، ٢٤٩

وبحديث ابن أبى [١] بريدة عن أبيه أن النبى عليه السلام قال : « لا أخرج من المسجد حتى أعلمك آية لم تنزل على نبى بعد سليمان غيرى » قال : ثم خرج وأخرج إحدى رجليه من المسجد فقلتُ فى نفسى : لعله نسى فالتفت إلىّ وقال : « بم تفتتح القراءة فى الصلاة » ؟ فقلت : ببسم الله الرحمن الرحيم فقال : « هى هى » [٢] . والاعتماد على الأول .

وأما حجتهم :

تعلقوا بحديث أبى هريرة أن النبى عليه السلام قال : يقول الله تعالى : « قسمتُ الصلاة بينى وبين عبدى نصفين ، فإذا قال العبد : ﴿ الحمد لله رب العالمين ﴾ ، يقول الله تعالى : حمدنى عبدى ، وإذا قال : ﴿ الرحمن الرحيم ﴾ ، قال الله تعالى : أثنى علىّ عبدى ، وإذا قال : ﴿ مالك يوم الدين ﴾ ، قال : مجدنى عبدى ، وإذا قال : ﴿ إياك نعبد وإياك نستعين ﴾، قال الله : هذا بينى وبين عبدى ولعبدى ما سأل » [٣] . والإستدلال من وجهين :

---

(١) فى سنن الدارقطنى : « عن ابن بريدة عن أبيه » .

(٢) رواه الدارقطنى فى سننه : ١/ ٣١ بلفظ قريباً من هذا .

وذكر ابن الجوزى فى التحقيق عن الدارقطنى : ٢٩٥/١ ، وقال بعد ذلك : يرويه سلمة بن صالح الأحمر عن يزيد أبى خالد عن عبد الكريم أبى أمية ، فأما سلمة وعبد الكريم فقال أحمد ويحيى : ليسا بشئ ، وقال النسائى : يزيد متروك الحديث » اهـ ، انظر : التحقيق : ٢٩٧/١ .

والحاكم فى المستدرك : ٢٥٨/٢ وقال : هذا حديث صحيح على شرط مسلم ولم يخرجاه ووافقه الذهبى .

(٣) رواه مسلم فى صحيحه : ١٠١/٤ مع النووى فى باب وجوب القراءة فى كل ركعة .

وأبو داود فى سننه : ٥١٤/١ مع المعالم فى باب ترك القراءة فى صلاته .

والترمذى فى سننه : ٧٩/١١ ، ٨٠ مع العارضة فى باب ما جاء فى افتتاح القراءة بالحمد لله رب العالمين .

وابن ماجه فى سننه : ١٢٤٣/٢ فى باب ثواب القرآن . =

أنه صلى الله عليه لم يذكر التسمية ولو كانت آية منها لم يتركها بل كان ينبغى أن يبتدئ بها .

الثانى : أنه قال « بينى وبين عبدى نصفين » ، وإنما يكون نصفين إذا قلنا إن التسمية ليست بآية من الفاتحة ، لأن الفاتحة سبع آيات بإجماع الأمة ، والذى لله ثلاث آيات ونصف من قوله : ﴿ الحمد لله رب العالمين ﴾ ... إلى قوله ..... ﴿ إياك نعبد ... ﴾ (١) .

والذى للعهد ثلاث آيات ونصف من قوله : ﴿ إياك نعبد وإياك نستعين ﴾ (٢) ، إلى آخر السورة .

فأما إذا عددنا التسمية آية منها كان الذى لله أربع آيات ونصف ، والذى للعبد ثلاث ونصف فلم يستقم قوله : « بينى وبين عبدى نصفين » .

= ومالك فى الموطأ : ١٥٦/١ مع المنتقى فى باب القراءة خلف الإمام فيما لا يجهر فيه الإمام بالقراءة .

والنسائى فى سننه : ١٠٥/٢

والإمام أحمد فى المسند : ٢٤١/٢ ، ٢٨٥ ، ٤٦٠ ، والبغوى فى شرح السُنّة : ٤٧/٣

والدارقطنى فى سننه وفيه : « إذا افتتح الصلاة ببسم الله الرحمن الرحيم فيذكرنى عبدى » قال الدارقطنى : وفيه عبد الله بن زياد بن سمعان متروك الحديث ، وقد روى هذا الحديث جماعة من الثقات عن العلاء بن عبد الرحمن منهم : مالك وابن جريج وروح بن القاسم .... على اختلاف منهم فى الإسناد واتفاقٍ منهم على المتن فلم يذكر أحد منهم فى حديثه بسم الله الرحمن الرحيم ، واتفاقهم على خلاف ما رواه ابن سمعان أولى بالصواب » اهـ .

سنن الدارقطنى : ١ / ٣١٢ .

(١) سورة الفاتحة آية (١ - ٥) .   (٢) سورة الفاتحة آية (٥ - ٧) .

وتعلقوا بحديث عائشة رضى الله عنها أن النبى عليه السلام كان يفتتح الصلاة بالتكبير والقرأة بـ ﴿ الحمد لله رب العالمين ﴾ [١] .

وبحديث أنس قال : صليتُ خلف النبى عليه السلام وأبى بكر وعمر فكانوا يفتتحون القراءة . ﴿ بالحمد لله رب العالمين ﴾ [٢] ، وفى رواية أخرى فلم أسمع أحداً منهم يجهر بـ ﴿ بسم الله الرحمن الرحيم ﴾ [٣] . وبحديث عبد الله بن مغفل الذى ذكره فى جامع أبى عيسى [٤] . والأخبار كلها ثابتة صحيحة [٥] .

---

(١) رواه مسلم فى صحيحه : ٢١٣/٤ مع النووى فى باب الاعتدال فى السجود وأبو داود فى سننه : ٤٩٤/١ مع المعالم فى باب مَنْ لم ير الجهر ببسم الله الرحمن الرحيم .

وابن ماجه فى سننه : ٢٦٧/١

والإمام أحمد فى المسند : ٣١/٦ ، ١٧١ ، ١٩٤ ، ٢٨١

(٢) رواه البخارى فى صحيحه : ٢٢٧/٢ ، مع الفتح فى باب ما يقول بعد التكبير . ومسلم فى صحيحه : ١١١/٤ مع النووى فى باب حجة مَنْ قال : لا يجهر بالبسملة .

والدارقطنى فى سننه : ٣١٥/١ ، ٣١٦

وأبو داود فى سننه : ٤٩٤/١ مع المعالم فى باب مَنْ لم ير الجهر ببسم الله الرحمن الرحيم .

والترمذى فى سننه : ٤٥/٢ مع عارضة الأحوذى فى باب ما جاء فى افتتاح الصلاة بالحمد لله رب العالمين .

والنسائى فى سننه : ١٠٤/٢

وابن ماجه فى سننه : ٢٦٧/١ فى باب افتتاح الصلاة .

والدارمى فى سننه : ٢٨٣/١ فى باب كراهية الجهر ببسم الله الرحمن الرحيم . ومالك فى الموطأ : ١٥٠/١ مع المنتقى فى باب العمل فى القراءة . والإمام أحمد فى مسنده : ١٠١/٣ ، ١١١ ، ١١٤ ، ١٦٨ ، ١٧٧ ، ١٨٣ ، ٢٠٣ ، ٢٠٥ ، ٢٣٣ ، ٢٥٥ ، ٢٧٣ ، ٢٨٦ ، ٢٨٩

(٣) رواها مسلم فى صحيحه : ١١٠/٤ مع النووى .

(٤) انظر : سنن الترمذى : ٤٣/٢ وقال الترمذى : حديث عبد الله بن مغفل حديث حسن ، والعمل عليه عند أكثر أهل العلم من أصحاب رسول الله ﷺ منهم : أبو بكر وعمر وعثمان وعلى وغيرهم .

(٥) استدل بهذه الأحاديث الدبوسى فى الأسرار ورقة ٩٧ / أ ، ب شهيد على .

وتعلقوا أيضاً بنوع من الإستدلال وهو أنه لو كان التسمية من القرآن فى كل موضع أثبتت ، لنقل إلينا بطريق يوجب العمل بذلك ، لأن القرآن لا يجوز إثباته إلا بمثل هذا الطريق ، فأما بطريق الآحاد فلا سبيل إلى إثبات القرآن بمثله .

قالوا : ولا يجوز أن يعكس هذا ، فيقال لهم : لو لم يكن من القرآن لنقل كونه غير القرآن بطريق مقطوع به موجب العلم ، لأنه ليس عليهم نقل كل ما ليس من القرآن لأن ذلك أمر يطول ولا ينحصر .

فأما ما هو من القرآن فعليهم أن ينقلوه إلينا ولو نقلوا لوقع لنا العلم به .

قالوا : وأما الإجماع الذى تعلقتم به فهو ضعيف لأنه لو ثبت كونه من القرآن بالإجماع لوقع لنا العلم به ، ولكان يكفر جاحد ذلك ويفسق تاركه

وحين اختلفت الأئمة فى ذلك اختلافاً ظاهراً وساغ الإجتهاد فيه علمنا أنه لا إجماع .

الجواب :

أما الإستدلال الذى تعلقنا به فمعتمد، وهو فى الحقيقة إجماع استدلالى والإجماع على وجهين :

إجماع نص وهو إجماع المجمعين على الشئ صريحاً .

وإجماع استدلالى مثل ما بينّا .

فالأول يوجب العلم القطعى ، والثانى لا يفيد العلم القطعى لكنه يوجب العمل بأبلغ الدلائل الموجبة له ، ونظيره « الحِجْرْ » فإنه من البيت بدليل لا يوجب العلم بل يوجب العمل وهو الطواف عليه وسائر الكعبة قبلة الناس بدليل مقطوع به يفيد العلم ويقطع العذر ، وظهر بهذا الجواب عن قولهم : « إنه لو كان من القرآن لنقل كونه من القرآن بدليل يفيد العلم » ، فإنَّا نقول : هو من القرآن فى رأس كل سورة عملاً لا علماً ونظيره ما بيّنا .

وكذلك على أصلهم قراءة ابن مسعود فى قوله : « فصيام ثلاثة أيام متتابعات » فهو من القرآن عملاً لا علماً .

وأما الأخبار التى رووها ففى معارضتها أخبار لنا ذكرنا بعضها وقد ذكر الدارقطنى الجهر بالتسمية عن النبى عليه السلام برواية علىّ [١] ، وابن عباس [٢] وأبى هريرة [٣] ، وابن عمر [٤] ، والنعمان بن بشير [٥] وغيرهم [٦] .

وأسانيدها وإن كان فيها مقال لكن يثبت بمجموعها ورود الجهر بالتسمية [٧] .

وقال .... [٨] عبد الله الحافظ قد صح الجهر عن النبى ﷺ ونقل ذلك عن الصحابة : عن ابن عباس ، وابن عمر ، وابن الزبير ، وأبى هريرة / ٢٤/أ وجماعة من التابعين .

وقال إسحاق بن إبراهيم الحنظلى [٩] : إن المصلى بالخيار ، إن شاء جهر

---

(١) انظر : سنن الدارقطنى : ٣٠٢/١ ، ٣٠٣ ، سنن البيهقى : ٤٨/٢

(٢) انظر : سنن الدارقطنى : ٣٠٤/١ ، سنن البيهقى : ٤٨/٢

(٣) انظر : سنن الدارقطنى : ٣٠٦/١ ، ٣٠٧ ، سنن البيهقى : ٤٦/٢ ، ٤٧

(٤) انظر : سنن الدارقطنى : ٣٠٥/١ ، سنن البيهقى : ٤٨/٢

(٥) انظر : سنن الدارقطنى : ٣٠٩/١

(٦) انظر : سنن الدارقطنى ٣٠٨/١ ، ٣٠٩ ، فقد روى ذلك عن جابر بن عبد الله وأنس بن مالك ، وسمرة وغيرهم ، سنن البيهقى : ٥٠/٢ .

(٧) وقد تكلم على عللها وأسانيدها ابن الجوزى فى التحقيق : ٣٠٨/١ - ٣١١ ، والبيهقى فى السنن : ٤٦/٢ - ٥٠ .

(٨) الكلمة غير واضحة فى المخطوط ، ولعله الحاكم أبو عبد الله .

(٩) إسحاق بن إبراهيم بن مخلد الحنظلى أبو محمد بن راهويه المروزى ، ثقة حافظ مجتهد قرين أحمد بن حنبل ، ذكر أبو داود أنه تغير قبل موته بيسير ، مات سنة ٢٣٨ هـ وله ٧٢ سنة .
روى له البخارى ومسلم وأبو داود والترمذى والنسائى ، انظر : التقريب ص ٢٧

وإن شاء أسرَّ [١] ، فتعارض الأخبار في ذلك .

ونحن نقول : إن أخبارنا أولى لتضمنها زيادة لم تتضمنها أخباركم .

ولأن الراوي للإسرار يجوز أن يكون بعيداً عن النبي عليه السلام فلم يسمع ، ولأن الأثبت من أخبارهم هو رواية مَنْ روى أنهم يفتتحون القراءة بـ ﴿ الحمد لله رب العالمين ﴾ . ويحتمل أن يكون ذلك اسماً للسورة ، وقد كان افتتحها بـ ﴿ بسم الله الرحمن الرحيم ﴾ .

وروى عن أنس أنه سئل : هل كان رسول الله يجهر أو يسر بالتسمية؟ فقال للسائل : « ما سألني عن هذا أحد قبلك وإني لا أحفظ » [٢] .

وهذا يوهن ما رووا من خبر أنس ، ولهذا لم يخرجه البخاري بذلك اللفظ [٣] ، وإنما خرّجه مسلم وحده ، لأنه متساهل في الأخبار ما لم يتساهل فيه البخاري [٤] .

وأما الخبر الأول فيحتمل أنه لم يبتدأ بالتسمية ، لأنه قد ذكر ﴿ الرحمن الرحيم ﴾ من بعد فاكتفى به عن الأول .

وأما قوله : « نصفين » .

قلنا : يجوز أن يكون معنى « نصفين » أي البعض لله تعالى والبعض للعبد [٥] ، كقول الشاعر :

---

(١) نسب الشاشي هذا القول في الحلية إلى ابن أبي ليلى ، ثم قال : « قال ابن المنذر : كان إسحاق بن راهويه يميل إلى الجهر ببسم الله الرحمن الرحيم » الحلية : ٨٧/٢

(٢) رواه الدارقطني في سننه : ٣١٦/١ وقال الدارقطني : هذا إسناد صحيح .

(٣) يقصد لفظه « فلم أسمع أحداً منهم يجهر ببسم الله الرحمن الرحيم » لم يروها إلا مسلماً .

(٤) لأن شرط البخاري اللقاء والمعاصرة ، أما مسلم فالمعاصرة فقط تكفي عنده .

(٥) انظر : معالم السنن : ٥١٣/١

إذا مت كان الناس نصفين شامت　　بموتى ومثن بالذى كنت أفعل [1]

أراد البعض .

وقال شريح [2] : أصبحت ونصف الناس علىّ غضاب [3] . والله تعالى أعلم .

* * *

(١) هذا البيت استشهد به الخطابى فى معالم السنن : ٥١٣/١ وهو للعجير السلولى وقافيته: « بالذى كنت أصنع » .

انظر : كتاب سيبويه : ٧١/١ ، الخزانة : ٧٢/٩ ، النوادر لأبى زيد ص ٤٤٢ ، الأزهية فى الحروف للهروى ص : ١٩٠ .

(٢) شريح ابن الحارث بن قيس الكوفى النخعى القاضى أبو أمية ، مخضرم ثقة ، وقيل له: صحبة ، مات قبل الثمانين أو بعدها ، وله مائة وثمان سنين .

روى له البخارى فى الأدب المفرد والنسائى . انظر : التقريب ص ١٤٥

(٣) ذكره فى معالم السنن للخطابى : ٥١٣/١

(مسألة)

تجب القراءة على المؤتم سواء أسَرَّ الإمام بالقراءة أو جهرَ بها ، وهذا أصح قولى الشافعى [1] رضى الله عنه .

والقول الثانى : أنه تجب إذا أسَرَّ الامام ولا تجب إذا جهر [2] وهو قول مالك [3] ، وابن المبارك [4] وأحمد [5] إلا أن أحمد لا يفسد الصلاة بترك القراءة خلف الإمام بحال [6] ، وإنما يأمر بالقراءة استحباباً [7] .

---

(١) النكت ورقة ٤٢/أ ، حلية العلماء : ٨٨/٢ ، المجموع : ٢٩٥/٣ ، قال الترمذى فى جامعه « القراءة خلف الامام هى قول أكثر أهل العلم من أصحاب النبى ﷺ والتابعين وبه يقول مالك ، وابن المبارك والشافعى وأحمد وإسحاق . سنن الترمذى مع العارضة : ١٠٩/٢ ، المهذب : ١٠٤/١ ، مختصر المزنى : ٧٦/١ مع الأم ، شرح السنة للبغوى : ٨٥/٣

(٢) النكت ورقة ٤٢/أ ، حلية العلماء : ٨٨/٢ ، المجموع : ٢٩٥/٣ المهذب : ١٠٤/١ ، مختصر المزنى : ٧٦/١ مع الأم ، شرح السُنّة للبغوى : ٨٥/٣

(٣) الكافى فى فقه أهل المدينة : ٢٠١/١ ، قوانين الأحكام الشرعية ص ٧٦ ، عارضة الأحوذى : ١٠٨/٢ ، المنتقى شرح الموطأ : ١٥٩/١

قال مالك فى الموطأ « الأمر عندنا أن يقرأ الرجل وراء الإمام فيما لا يجهر فيه الإمام بالقراءة ويترك القراءة فيما يجهر فيه الإمام بالقراءة » ا هـ

الموطأ مع المنتقى : ١٦٠/١ ، الإستذكار : ٢٥٩/٢

(٤) المغنى : ٢٥٩/٢

(٥) المغنى : ٢٥٩/٢ ، الإفصاح : ١٢٧/١

(٦) (٧) المغنى : ٢٦٥/٢ ، ٢٦٨ ، سنن الترمذى : ٢/ ١١٠ مع العارضة ، الإفصاح : ١٢٧/١

وعند أبى حنيفة : تكره القراءة خلف الإمام بكل حال [١] .

لنا :

قوله عليه السلام فى رواية عبادة بن الصامت : « لا صلاة إلا بفاتحة الكتاب » [٢] . ولا فصل بين الخبرين أن يكون منفرداً ، أو خلف إمام يقتدى به .

فإن قالوا : قد روى فى بعض الأخبار « مَنْ صلى صلاة لم يقرأ بأم الكتاب فلم يصل إلا أن يكون وراء إمام » [٣] ، رواه جابر عن النبى عليه السلام .

فيكون خبر عبادة محمولاً على حال الإنفراد بدليل هذا الحديث ثم يكون معنى قوله : « لا صلاة » أى لم يصل يعنى صلاة كاملة .

قلنا : الذى رويتم صحيح عن جابر نفسه رواه مالك عن وهب بن كيسان عن جابر [٤] . فأما عن النبى عليه السلام فلا يصح [٥] ، وقيل : رَفَعَه يحيى بن سلام [٦] ، ولا تقوم بروايته حُجَّة لضعفه وقلة تثبته [٧] .

---

(١) رؤوس المسائل ص ١٥٣ ، مختصر الطحاوى ص ٢٧ ، مختصر القدورى : ١/٧٥ مع الجوهرة ، شرح معانى الآثار : ١/٢١٨ .
وهو قول ابن حبيب وأشهب وابن عبد الحكم من المالكية .
انظر : عارضة الأحوذى : ٢/١٠٨ ، المنتقى شرح الموطأ : ١/١٥٩

(٢) تقدم تخريجه فى مسألة قراءة الفاتحة ركن فى الصلاة ....

(٣) (٤) رواه مالك فى الموطأ موقوفاً على جابر رضى الله عنه .
انظر : الموطأ ١/١٥٥ مع المنتقى ، والدارقطنى فى سننه مرفوعا : ١/٣٢٧
والترمذى فى سننه موقوفا على جابر : ٢/١١٠ مع العارضة .
وقال « هذا حديث حسن صحيح » اهـ .
والطحاوى عن يحيى بن سلام مرفوعاً ، ورواه عن ابن وهب عن مالك موقوفاً - شرح معانى الآثار: ١/٢١٨ .

(٥) قال الدارقطنى فى سننه : « والصواب أنه موقوف » : ١/٣٢٧ .

(٦) يحيى بن سلام البصرى حدَّث بالمغرب عن سعيد بن أبى عروبة ومالك وجماعة ، ضعفه الدارقطنى ، وقال ابن عدى : يُكتب حديثه مع ضعفه ، توفى سنة ٢٠٠ هـ ، انظر : لسان الميزان : ٥/٢٥٩ ، الكامل لابن عدى : ٧/٢٧٠٨ .

(٧) قال الدارقطنى فى سننه (١/٣٢٧) : يحيى بن سلام ضعيف .

وظاهر العموم لا يخص عندنا بقول صحابى واحد .

وقد نتعلق من جهة الخصوص بما روى محمد بن إسحاق [1] عن مكحول عن محمود بن ربيع عن عبادة بن الصامت قال : صلى رسول الله ﷺ الصبح فثقلت عليه القراءة فلما انصرف قال : « إنى أراكم تقرؤن وراء إمامكم » قال : قلنا يا رسول الله أى والله ، قال : « لا تفعلوا إلا بأم الكتاب فإنه لا صلاة لمن لم يقرأها » أورده أبو عيسى [2] على هذا الوجه قال : وفى الباب عن أبى هريرة [3] ، وعائشة [4] وأنس ، وابن [5] قتادة [6] ، وعبد الله بن

---

(١) محمد بن إسحاق بن يسار أبو بكر المطلبى مولاهم المدنى نزيل العراق ، إمام المغازى صدوق يدلّس ورمى بالتشيع والقدر من صغار الخامسة ، مات سنة ١٥٠ هـ ، روى له البخارى تعليقاً ، وأصحاب السنن الأربعة انظر : التقريب ص ٢٩ .

(٢) أى الترمذى فى سننه : ٢/١٠٦ ، ١٠٧ مع العارضة .

والبغوى فى شرح السنة : ٢/٨٢ فى باب القراءة خلف الامام ، والطحاوى فى شرح معانى الآثار : ١/٢١٥ فى باب القراءة خلف الامام .

(٣) روى حديثه فى ذلك مسلم فى صحيحه مرفوعاً بلفظ » مَنْ صلى صلاة لم يقرأ فيها بأم القرآن فهى خداج - ثلاثاً - غير تمام » ... صحيح مسلم : ٤/١٠١ مع النووى ، والطحاوى فى شرح معانى الآثار : ١/٢١٥ ، ورواه البخارى فى جزء القرآة خلف الإمام ص ٥

وابن خزيمة فى صحيحه : ١/٢٤٧ .

(٤) روى حديثها ابن ماجه فى سننه : ١/٢٧٤

والطحاوى فى شرح معانى الآثار : ١/٢١٥ ، والبيهقى فى سننه ٢/١٧١ والبخارى فى جزء القراءة خلف الإمام ص ٥ . ولفظه : قالت : سمعتُ رسول الله ﷺ يقول : « كل صلاة لا يقرأ فيها بفاتحة الكتاب فهى خداج » .

(٥) كذا فى المخطوطة وفى الترمذى : « أبى قتادة » .

(٦) قال المباركفورى فى التحفة « أما حديث أنس وأبى قتادة فلم أقف عليهما » انظر : تحفة الأحوذى : ١/٢٠٦ . قلت : أما حديث أنس فقد رواه البيهقى فى سننه : ٢/١٧١

عمر [١] ثم قال : والعمل على هذا عند أكثر أهل العلم من الصحابة والتابعين يرون القراءة خلف الإمام » [٢] .

وروى الدارقطني هذا الخبر في سننه من وجوه [٣] . وقال : رواته ثقات [٤] .

وروى عن عبادة بإسناده قال : صلى بنا رسول الله ﷺ بعض الصلوات التي يجهر فيها بالقراءة فلما انصرف أقبل علينا بوجهه وقال : « هل تقرأون إذا جهرت بالقراءة » ؟ قال بعضنا : إنَّا لنصنع ذلك . وفي رواية : « قلنا : أجل يا رسول الله » قال : « وأنا أقول ما لي أنازع القرآن فلا تقرؤا بشيء من القرآن إذا جهرتُ إلا بأم القرآن » [٥] .

وفي روايةَ : « ولا يقرأ أحد منكم الا بفاتحة الكتاب فانه لا صلاة لمن لم يقرأ بها » [٦] . ويدل عليه حديث أبي السائب [٧] عن أبي هريرة أن النبي ﷺ قال : « كل صلاة لا يقرأ فيها بفاتحة الكتاب فهي خداج فهي خداج فهي خداج » ، قال أبو السائب : فقلت : يا أبا هريرة اني أكون أحياناً وراء الإمام فقال : اقرأ بها في نفسك ، يا فارسي فإني سمعتُ رسول الله

---

(١) كذا في المخطوط وفي الترمذي « عمرو » . وقد روى حديثه هذا البيهقي في السنن : ٢/١٦٩ عن عبد الله بن عمر ، وعن عبد الله بن عمرو أيضاً .

(٢) سنن الترمذي : ٢/١٠٧ مع العارضة .

(٣) انظر : سنن الدارقطني : ١/٣١٨

(٤ ، ٥) انظر : سنن الدارقطني : ١/٣١٩

ورواه أيضاً أبو داود في سننه مع المعالم : ١/٥١٦ في باب من ترك القراءة في صلاته بفاتحة الكتاب

(٦) رواها الدارقطني في سننه : ١/٣٢٠

(٧) قال النووي في شرح صحيح مسلم : « أبو السائب لا يعرفون له اسماً وهو ثقة » اهـ . انظر شرح صحيح مسلم : ٤/١٠٢

ﷺ يقول : « قال الله : قسمتُ الصلاة بينى وبين عبدى ... » [1] ... الخبر إلى آخره .

وأما الكلام من حيث المعنى فظاهر ، لأن القراءة ركن الصلاة وركن الصلاة لا يسقط بالإقتداء ، دليله سائر الأركان وهذا لأنه إذا وجبت القراءة على المصلى فلا يجوز أن تسقط عنه الا بمعنى مؤثر فى الإسقاط ، ولم يوجد إلا الإقتداء بالإمام والإقتداء تأثيره فى وجوب التأسى والمتابعة فأما [2] لا تأثير له فى سقوط ركن عن المقتدى بالإقتداء ، يبينه ان الإقتداء قد يوجب على المقتدى ما لم يكن واجبا عليه فكيف يسقط عنه ما هو واجب عليه .

وأما حجتهم :

تعلقوا بقوله تعالى : ﴿ وإذا قرئَ القرآن فاستمعوا له وأنصتوا لعلكم ترحمون ﴾ [3] والأمر على الوجوب فوجب الإنصات والإستماع إذا جهر الإمام ، ووجب الإنصات إذا لم يجهر ، وقد أيدوا هذا أيضاً بما رواه أبو موسى الأشعرى ان النبى عليه السلام قال : « انما جعل الإمام ليؤتم به ....) [4] .

---

(١) رواه البغوى فى شرح السُنَّة :٣/٤٧ .

ورواه أبو داود فى سننه : ١/٥١٢ ، ٥١٣ ، ٥١٤ ، مع المعالم فى باب مَنْ ترك القراءة فى صلاة بفاتحة الكتاب .

ورواه ابن ماجه فى سننه : ١/٢٧٣ ، ٢٧٤ .. إلى قوله : « اقرأ بها فى نفسك »

(٢) كذا فى المخطوط .   (٣) سورة الأعراف : آية (٢٠٤)

(٤) رواه البخارى فى صحيحه : ٢/١٧٣ مع الفتح فى باب إنما جعل الامام ليؤتم به » . ومسلم فى صحيحه : ٤/١٣٢ مع النووى فى باب ائتمام المأموم بالامام .

وأبو داود فى سننه : ١/٤٠١ مع المعالم فى باب الإمام يصلى من قعود ، والترمذى فى سننه : ٢/١٥٥ ، ١٥٦ ، مع العارضة فى باب ما جاء إذا صلى الإمام قاعداً فصلوا قعوداً . =

وقال فيه : « وإذا قرأ فانصتوا »[1] .

قالوا : روى مالك عن ابن شهاب عن ابن أكيمة الليثى[2] عن ابي هريرة أن النبى عليه السلام انصرف فى صلاة جهر فيها بالقراءة فقال : « هل قرأ أحد منكم معى آنفا » ؟ فقال رجل : نعم يا رسول الله . قال : «إنى أقول مالى أنازع القرآن » ، قال : فانتهى الناس عن القراءة مع رسول الله ﷺ فيما جهر فيه رسول الله ﷺ من الصلوات بالقراءة حين سمعوا ذلك من رسول الله ﷺ »[3] .

= والنسائى فى سننه : ٢/٦٥ ، ٧٧ ، ١٠٩ ، ١٥٣ ، ١٥٤ ، فى عدة مواضع منها في باب الائتمام بالإمام .

وابن ماجه فى سننه : ١/٢٧٦ ، ٣٩٢ ، فى باب إذا قرأ الإمام فأنصتوا .

والدارمى فى سننه : ١/٣٠٠ فى باب القول بعد رفع الرأس من الركوع .س

ومالك فى الموطأ : ١/٢٣٩ مع المنتقى فى باب صلاة الامام وهو جالس والامام أحمد فى المسند: ٢/٢٣٠ ، ٣١٤ ، ٣٤١ ، ٣٧٦ ، ٣٨٧ ، ٤١١ ، ٤٢٠ ، ٤٣٨ ، ٤٤٠ ، ٤٥٢ ، ٤٥٩ ، ٣/١١٠ ، ١٥٤ ، ٤/٤٠١ ، ٤٠٥ ، ٦/٥١ ، ٥٨ ، ٦٨

(١) رواها أبو داود فى سننه : ١/٤٠٥ مع المعالم فى باب الامام يصلى من قعود

قال أبو داود : وهذه الزيادة : « وإذا قرأ فأنصتوا » ليست محفوظة والوهم عندنا من أبى خالد فى باب إذا قرئ فأنصتوا . .

والنسائى فى سننه : ٢/١٠٩ فى باب تأويل قوله تعالى :« إذا قرئ القرآن ... » .

وابن ماجه فى سننه : ١/٢٧٦ ، ٤٢٠ ، والإمام أحمد فى المسند : ٢ / ٤٧٦ ، ٤٢٠

(٢) ابن أكيمة الليثى : عمارة بن أكيمة الليثى أبو الوليد المدنى وقيل : اسمه عمار ، أو عمرو ، أو عامر ، يأتى غير مسمى ، ثقة من الثالث ، مات سنة ١٠١ هـ ، وله تسع وسبعون سنة . روى له أبو داود والنسائى . انظر : التقريب ص ٢٥٠

(٣) رواه أبو داود فى سننه : ١/٥١٧ مع المعالم فى باب مَنْ كره القراءة بفاتحة الكتاب .

والترمذى فى سننه : ٢/١٠٧ ، ١٠٨ مع عارضة الأحوذى فى باب ما جاء فى ترك القراءة خلف الإمام إذا جهر بالقراءة .

والنسائى فى سننه : ٢/١٠٨ ، ١٠٦ فى باب ترك القراءة خلف الامام فيما جهر فيه . =

وتعلقوا أيضاً بما رووا عن عبد الله [١] بن شداد عن جابر أن النبى عليه السلام قال : « مَنْ كان له إمام فقراءة الإمام له قراءة » [٢] .

وفى رواية عن جابر قال : صلى بنا رسول الله وخلفه رجل يقرأ فنهاه رجل من أصحاب النبى عليه السلام فقال : أتنهانى عن القراءة خلف رسول الله ﷺ فبلغ رسول الله ﷺ فقال : « مَنْ صلى خلف امام فإن قراءته له قراءة » [٣] .

قالوا : ورواه أيضاً سالم بن عبد الله عن أبيه عن النبى عليه السلام [٤] .

قالوا : ولا يجوز أن يُحمل على أن معناه : فإن قراءة الإمام للإمام قراءة، لأن هذا تعطيل للخبر وليس بتأويل ، ومثل هذا التأويل لا يقوله فقيه .

ولأن هذا على مثال قول القائل : مَنْ دخل الدار خلف ابنى فأعطه كذا ، ينصرف إلى الداخل لا إلى الابن .

= وابن ماجه فى سننه : ٢٧٦/١ فى باب إذا قرأ الامام فأنصتوا .

ومالك فى الموطأ : ١/ ١٦٠ مع المنتقى فى باب ترك القراءة خلف الامام فيما جهر به .

والامام أحمد فى المسند : ٢/ ٢٤٠ ، ٢٨٤ ، ٢٨٥ ، ٣٠٢ ، ٤٨٧

(١) عبد الله بن شداد بن الهاد الليثى أبو الوليد المدنى ولد على عهد النبى ﷺ وذكره العجلى فى كبار التابعين الثقات وكان معدودا فى الفقهاء ، مات بالكوفة مقتولاً سنة إحدى وثمانين .

روى له الجماعة . انظر : التقريب ص ١٧٧

(٢) رواه الدارقطنى فى سننه : ٣٢٣/١ وقال بعد ذلك : « لم يسنده عن موسى بن أبى عائشة غير أبى حنيفة والحسن بن عمارة ، وهما ضعيفان » ا هـ .

(٣) رواه الدارقطنى فى سننه : ٣٢٤/١ ، ٣٢٥ ، وقال : « رواه الليث عن أبى يوسف عن أبى حنيفة » .

(٤) رواه الدارقطنى فى سننه : ٣٢٦/١ وقال : « محمد بن الفضل متروك » .

ورووا بطريق عمران بن حصين قال : « كان النبى عليه السلام يصلى بالناس ورجل يقرأ خلفه فلما فرغ قال : « مَنَ ذا الذى يخالجنى » ؟ [١] ونهاهم عن القراءة خلف الإمام » [٢] .

ورووا عن الشعبى أن النبى عليه السلام قال : « لا قراءة خلف الإمام » [٣] .

وعن على رضى الله عنه قال : قال رجل للنبى عليه السلام : أقرأ خلف الإمام أو أنصِتُ قال : « أنصِتْ فانه يكفيك » [٤] .

وروى عون عن ابن عباس أن النبى عليه السلام قال : « يكفيك قراءة الإمام خافتَ أو جهرَ » [٥] .

وروى عن علىّ رضى الله عنه انه قال :« مَنْ قرأ خلف الإمام فليس على الفِطرة » [٦] .

---

(١) يخالجنى : الخلج : الجذب أى يجاذبنى ، انظر معالم السنن : ٥١٩/١

(٢) رواه الدارقطنى فى سننه : ٣٢٦/١ ، ٣٢٧ ، وقال : « ولم يقل هكذا غير حجاج ، وخالفه أصحاب قتادة منهم شعبة وسعيد وغيرهما ، فلم يذكروا انه نهاهم عن القراءة ، وحجاج لا يحتج به (ابن أرطأة) » ا . هـ .

(٣) رواه الدارقطنى فى سننه : ١/ ٣٣٠ قال : « وهذا مرسل » .

(٤) رواه الدارقطنى فى سننه : ١/ ٣٣٠ وقال « تفرد به غسان وهو ضعيف ، وقيس (ابن الربيع) ، ومحمد بن سالم ضعيفان ، والمرسل الذى قبله أصح منه » ا هـ .

(٥) رواه الدارقطنى فى سننه : ٣٣١/١ ، ٣٣٣ وقال فيه : عاصم (ابن عبد العزيز) ليس بالقوى ورفعه وهم » ا هـ .

وقال فى الموضع الآخر : « قال أبو موسى : قلت لأحمد بن حنبل فيحديث ابن عباس هذا فى القراءة فقال : هكذا منكر » ا هـ .

(٦) رواه الطحاوى فى شرح معانى الآثار : ٢١٩/١

والدارقطنى بلفظ « من قرأ خلف الامام فقد أخطأ الفِطرة » .

قال الدارقطنى : « لا يصح » ٣٣١/١ ، ٣٣٢ ، وهو قول البخارى فى جزء القراءة ص ١١

وعبد الرزاق فى مصنفه بلفظ الدارقطنى : ١٣٧/٢ رقم ٢٨٠١ .

وفى رواية : « انما يقرأ خلف الإمام مَنْ ليس على الفطرة »[1] .

وعن زيد بن ثابت قال : مَنْ قرأ خلف الإمام فلا صلاة له »[2] .

وأما تعلقهم بالمعنى : مَنْ صح اقتداؤه بالإمام سقطت القراءة عنه دليله المسبوق بركعة .

قالوا : ولا معنى فى سقوط القراءة عن المسبوق سوى الإتباع والإقتداء فإنه لا يجوز أن يكون المعنى مجرد إثبات الركعة حتى لا تفوته ، لأن هذا المعنى موجود إذا أدركه بعد الركوع ، ولأنه لا فوت فى الحقيقة فإنه يقضى ومع القضاء لا يتحقق الفوت . ولأن النبى عليه السلام أمر القاصد إلى الصلاة بالمشى ومنعه من السعى وإن كان فيه خوف الفوت ، ولا يجوز أن يكون المعنى سقوط القيام لأنه غير ساقط ، ولا بد من وجود قيام عنه بعد التكبير وإن قل وإنما يسقط مد القيام لسقوط القراءة .

وأما فى مسألتنا فالمؤتم وان سقط عنه القراءة لكن وجب عليه القيام بحكم المتابعة . وفى المسبوق لا قراءة عليه ولا متابعة فسقط عنه مد القيام ، وأما القيام فقد أتى به ، وأما القراءة سقطت لأجل صحة الإقتداء ولا يُعرف معنى سوى هذا . فإن طلبتهم كثيراً فى الإقتداء ، والمتابعة توجب سقوط القراءة فوجه ذلك (أن القراءة وجبت لمعنى العمل ، وقد روى عن الحسن البصرى[3] قال : أنزل اللّه القرآن ليعمل به الناس فاتخذ الناس

---

(١) رواه الدارقطنى فى سننه : ١/٣٣٢

(٢) رواه عبد الرزاق فى مصنفه : ١٣٧/٢ رقم ٢٨٠٢

(٣) الحسن البصرى : هو الحسن بن أبى الحسن البصرى واسم أبيه : يسار الأنصارى مولاهم ، ثقة فقيه فاضل مشهور ، وكان يرسل كثير ويدلس قال البزار : كان يروى عن جماعة لم يسمع منهم فيتجوز ويقول : حدثنا وخطبنا ، يعني قومه الذين حدثوا وخطبوا بالبصرة .

وهو رأس الطبقة الثالثة ، مات سنة ١١٠ هـ وقد قارب التسعين ، روى له الجماعة ، انظر التقريب ص ٦٩

قراءته عملاً وإذا كان وجوب القراءة للعمل فالعمل التدبر والتفكر) [١] وذلك يكون بالإستماع لقراءة الإمام .

فأما بقراءة الجميع على التغالب لا يحصل هذا المقصود للأمر بالإستماع وقام الإستماع خلف الإمام مقام القراءة إذا كان منفرداً فصار سقوط القراءة إلى خلف يقوم مقامه فى المعنى / وسقوط الفرض إلى فرض مثله فى المعنى غير مستنكر فى الشرع وبل قد ورد الشرع على هذا المعنى فى مواضع كثيرة .

٢٥/أ

قالوا : ولا يجوز أن يقال إن هذا مستقيم عند جهر الإمام ، فأما عند الإسرار فلا يستقيم ، لأن الأصل هو الجهر المسمع للقوم ، ولأن الله تعالى أمر بالقراءة بين الجهر والإخفاء بقوله تعالى : ﴿ ولا تجهر بصلاتك ولا تخافت بها ﴾ [٢] ، ان لا يجهر الجهر الشديد ولا يخافت اخفات مَنْ لا يُسمع القوم ﴿ وابتغ بين ذلك سبيلا ﴾ [٢] ، بين الجهر الشديد والإخفاء ، فثبت ان الأصل كان هو الجهر المسمع للقوم الا ان الله تعالى أمر نبيه عليه السلام بالإسرار فى الظهر والعصر لعارض أذى المشركين ، فإنهم كانوا يجتمعون ويؤذون النبى عليه السلام فى الظهر والعصر [٣] .

ويحاكون صلاته وقراءته ويصفقون ويصفرون فأمره الله تعالى بالإسرار لذلك ثم بقى كذلك ، وان زال المعنى الذى أمر به لأجله ، ومثل هذا يكثر أن يرد الشرع بمعنى ثم يزول ذلك المعنى ويبقي المشروع كالرمل والسعى فى الحج وما أشبه ذلك .

وتعلقوا أيضاً بالسورة ، وقالوا : إحدى صورتى القيام فتسقط بمتابعة الإمام كالسورة المضمومة إلى الفاتحة .

---

(١) ما بين القوسين نقلا من الاسرار ورقة ٥٤/ب ، مراد ملا .

(٢) سورة الإسراء آية (١١٠) .

(٣) ذكره ابن جرير الطبرى فى تفسيره من غير تعيين أوقات الصلوات : ١٥ / ١٨٥ ، ١٨٦

الجواب :

أما تعلقهم بالآية ...

قلنا : وردت الآية فى الخطبة فى الجمعة [1] ونحن نقول بذلك فى خطبة الجمعة [1] .

قالوا : روى عن أبي هريرة رضي الله عنه أنه قال : نزلت الآية فى القراءة خلف الإمام [2] ، وذكروا ذلك أيضاً عن مجاهد [3] .

قلنا : ما ذكروه عن أبى هريرة رواه الأوزاعى [4] عن عبد الله بن عامر وهو ضعيف [5] . وكذلك الإسناد عن مجاهد ضعيف أيضاً .

وعلى أن عندنا يُقرأ فى سكتات الإمام [6] ، وعند قراءته يَسْمَعُ ويُنْصِت .

وقد روى محمد [7] بن عبد الله بن عبيد بن عمير عن عطاء عن أبى هريرة قال : قال رسول الله ﷺ :« مَنْ صلى صلاة مكتوبة مع الإمام فليقرأ بفاتحة الكتاب فى سكتاته وَمَنْ انتهى إلى أم القرآن فقد أجزأه » [8].

---

(١) ذكر ذلك ابن جرير الطبرى فى تفسيره : ١٦٥/٩ ، الجامع لأحكام القرآن : ٣٥٣/٧ .

(٢ ،٣) ذكر ذلك ابن جرير الطبرى فى تفسيره : ١٦٣/٩ ، الجامع لأحكام القرآن : ٣٥٣/٧ .

(٤) الأوزاعى : عبد الرحمن بن عمرو بن أبى عمرو الأوزاعى أبو عمر الفقيه ثقة جليل من السابعة ، مات سنة ١٥٧ هـ . وروى له الجماعة ، انظر : التقريب ص ٢٠٧

(٥) رواه الدارقطنى فى سننه : ٣٢٦/١ وقال عبد الله بن عامر : ضعيف .

(٦) أى عند الشافعية ومَنْ قال بقولهم .

(٧) محمد بن عبد الله بن عبيد بن عمير الليثى المكى روى عن عطاء بن أبى مليكة وعدة ضعَّفه ابن معين ، وقال النسائى : متروك ، وقال البخارى : منكر الحديث ، وقال ابن عدى : مع ضعفه يكتب حديثه » .

انظر : الكامل ص ٢٢٢٥- ٢٢٢٧ ، لسان الميزان : ٢١٦/٥ ، ٢١٧

(٨) رواه الحاكم فى المستدرك : ٢٣٨/١

والدارقطنى فى سننه : ٣٢١/١ وقال بعد ذلك : محمد بن عبد الله بن عبيد بن عمير : ضعيف .

فإن قالوا : إذا لم يسكت الإمام .

قلنا : يقرأ ويكره للإمام أن لا يسكت ، وإن لم يسكت فالوبال عليه لا على المأموم . وعلى هذا الجواب يخرج ما تعلقوا به من قوله عليه السلام: « وإذا قرأ فأنصتوا » (١) . وعلى أن الأصح (٢) من ذلك الخبر أنه خال عن هذه اللفظة ، وإنما وردت هذه اللفظة الزائدة فى بعض الروايات (٢) ، وعلى ذلك فنحن قائلون به .

وأما خبر ابن أكيمة الليثى فهو حجة مالك وأحمد فى أنه يقرأ إذا أسَرَّ الإمام ولا يقرأ إذا جهر وهو أحد قولى الشافعى ، وليس بحجة لهم .

وعلى أنه قد قيل إن ذلك اللفظ وهو قوله : « فانتهى الناس » من قول الزهرى ، وليس بقول أبى هريرة فيكون مرسلاً .

---

(١) روى هذه الزيادة مسلم فى المتابعات قال ما نصه « وفى حديث جرير عن سليمان عن قتادة من الزيادة : « وإذا قرأ فانصتوا » وليس فى حديث أحد منهم ..... » قال أبو إسحاق - راوى صحيح مسلم - قال أبو بكر ابن أخت أبى النضر فى هذا الحديث فقال مسلم : تريد أحفظ من سليمان ؟ فقال له أبو بكر : فحديث أبى هريرة ؟ فقال : هو صحيح يعنى : « وإذا قرأ فأنصتوا » فقال : هو عندى صحيح فقال لِمَ لَمْ تضعه ها هنا ؟قال : ليس كل شئ عندى صحيح وضعته ها هنا إنما وضعت ها هنا ما أجمعوا عليه » ا هـ ، انظر صحيح مسلم مع النووى : ١٢٢/٤.

قال النووى فى شرح صحيح مسلم : « واعلم أن هذه الزيادة وهى قوله : « وإذا قرأ فأنصتوا » مما اختلف الحفاظ فى صحته ، فروى البيهقى فى السنن الكبرى عن أبى داود السجستانى ان هذه اللفظة غير محفوظة وكذلك رواه عن يحيى بن معين وأبى حاتم الرازى والدارقطنى والحافظ أبى على النيسابورى شيخ الحاكم أبى عبد الله ، قال البيهقى : قال أبو على الحافظ : « هذه اللفظة غير محفوظة قد خالف سليمان التيمى فيها جميع أصحاب قتادة واجتماع هؤلاء الحفاظ على تضعيفها مقدم على تصحيح مسلم لا سيما ولم يروها مسندة فى صحيحه » ا هـ .

شرح النووى على مسلم : ١٢٣/٤ ، سنن الدارقطنى : ٣٣١/١ ، سنن البيهقى : ١٥٥/٢ ، ١٥٦ ، سنن أبى داود مع المعالم : ٤٠٥/١.

(٢) قال الخطابى فى معالم السنن : قوله : « فانتهى الناس عن القراءة » من كلام الزهرى، لا من كلام أبى هريرة » معالم السنن : ٥١٧/١

وقد ورد فى بعض الروايات قال الزهرى : فانتهى الناس (١) .

وأما حديث جابر ، فالصحيح أنه مرسل (٢) ، رواه الأئمة مثل سفيان الثورى ، وابن عيينة وشعبة ، وشريك ، وإسرائيل عن موسى بن أبى عائشة عن عبد الله بن شداد عن النبى عليه السلام (٣) .

وعبد الله بن شداد من التابعين ، ولم يسنده غير أبى حنيفة رحمة الله عليه والحسن بن عمارة (٤) ، قالوا : وهما ضعيفان فى الحديث(٥) فعند التفرد عن سائر الأثبات لا تقوم الحجة بروايتهما ، وهذا قول أئمة الحديث .

وقال ابن أبى حاتم عن أبيه فى كتاب علل الحديث : « أجمع أهل العلم أن كل مَنْ أسند هذا الحديث فقد أخطأ » (٦) .

---

(١) قال أبو داود : سمعت محمد بن يحيى بن فارس قال : قوله : « فانتهى الناس ... » من كلام الزهرى » سنن أبى داود مع المعالم : ٥١٨/١ ، جزء القراءة للبخارى ص ٢٤ .

قال الحافظ فى التلخيص : « فانتهى ... » مدرج فى الخبر من كلام الزهرى ، بينه الخطيب واتفق عليه البخارى فى التاريخ وأبو داود ، ويعقوب بن سفيان والذهلى والخطابى وغيرهم » ا هـ .

التلخيص : ٢٣١/١ جزء القراءة ص ٢٤

(٢) قاله الدارقطنى فى سننه : ٣٢٥/١

(٣) قاله الدارقطنى فى سننه : ٣٢٥/١ ، وقد رواه بهذا الاسناد - اسرائيل عن موسى بن أبى عائشة عن الله بن شداد الهاد عن رسول الله ﷺ ، محمد بن الحسن فى الحجة : ١٢١/١

(٤) الحسن بن عمارة البجلى مولاهم أبو محمد الكوفى قاضى بغداد ، متروك ، من السابعة، مات سنة ١٥٣ هـ ، روى له الترمذى وابن ماجه ، انظر : التقريب ص ٧١ ، سنن الدارقطنى : ٣٢٥/١

(٥) قاله الدارقطنى فى سننه : ٣٢٣/١

(٦) قال ابن أبى حاتم فى علل الحديث : « قال أبى : هذا يرويه بعض الثقات عن موسى بن أبى عائشة عن عبد الله بن شداد عن رجل من أهل البصرة ، قال أبى : ولا يختلف أهل العلم أن مَنْ قال : موسى بن أبى عائشة عن جابر فقد أخطأ » ا هـ : ١٠٤/١

وأما روايته عن سالم عن أبيه هذا الخبر فرواه محمد بن الفضل بن عطية وهو ضعيف متروك [١] .

وأما حديث عمران بن حصين فلم يرووه على ما نقلوا غير الحجاج [٢] بن أرطأة وهو لا يحتج بروايته [٣] .

وأما حديث الشعبى فمرسل [٤] ، وأما حديث علىّ رضى اللّٰه عنه فمداره على غسان بن الربيع وهو ضعيف » [٥] .

وأما حديث ابن عباس فرواه عاصم [٦] بن عبد العزيز عن أبى سهل [٧] عن عون عن ابن عباس ، وعاصم بن عبد العزيز من جملة الضعفاء أيضاً ، ولا تقوم بروايته حجة [٨] .

وأما حديث علىّ بعينه فقد قال الدارقطنى : إن إسناده لا يصح [٩] .

وحديث زيد بن ثابت لا يعرف [١٠] . هذه أوجه العلل فى أخبارهم .

---

(١) قاله الدارقطنى فى سننه : ٣٢٦/١

(٢) الحجاج بن أرطأة بن ثور بن هبيرة النخعى أبو أرطأة الكوفى القاضى أحد الفقهاء ، صدوق كثير الخطأ والتدليس ، من السابعة ، مات سنة ١٤٥ هـ ، روى له البخارى فى الأدب المفرد ومسلم وأصحاب السنن الأربعة ، انظر : التقريب ص ٦٤ .

(٣) قاله الدارقطنى فى سننه : ٣٢٧/١ (٤) قاله الدارقطنى فى سننه : ٣٣٠/١ .

(٥) قاله الدارقطنى فى سننه : ٣٣٠/١ .

(٦) عاصم بن عبد العزيز بن عاصم الأشجعى المدنى ، صدوق يهم ، من الثامنة ، روى له الترمذى وابن ماجه ، انظر التقريب ص ١٥٩ .

(٧) أبو سهل نافع بن مالك بن أبى عامر الأصبحى التيمى المدنى ، ثقة من الرابعة ، مات بعد الأربعين ، روى له الجماعة ، انظر : التقريب ص ٣٥٥

(٨) قال الدارقطنى فى سننه : « عاصم ليس بالقوى ورفعه وهم » : ٣٣١/١

(٩) انظر : سنن الدارقطنى : ٣٣٢/١

(١٠) رواه محمد بن الحسن فى كتاب الحجة : ١٢٢/١ ، وفى الموطأ ص ١٠٠ ، انظر جزء القراءة ص ١٢

وأما المعنى الذى تعلقوا به :

أما فصل المسبوق فقد قال بعض أصحابنا : إنه ثبت بالنص غير معقول المعنى ثم الجواب المعتمد ان سقوط القراءة لسقوط القيام ، وهذا لأن القيام لا يراد لعينه وإنما يراد للقراءة ، وإذا سقط القيام سقطت القراءة .

وقولهم « إنه لم / يسقط » .

قلنا : دليل السقوط هو ان الرجل مسبوق بالقيام ، فلو جعلنا القيام عليه واجباً وألزمناه الإتيان به لصار آتياً بما سُبِقَ به قبل فراغ الإمام من صلاته ، وهذا لا يجوز بل هو مبطل للصلاة فعرفنا قطعاً بهذا الدليل ان القيام عنه ساقط ، وأماً الذى يأتى به من القيام فهو لقيام تحريمه .

واعتذر أبو زيد [1] عما قلناه ، وقال : الراكع بمنزلة القائم لأنه بنصفه الأسفل قائم وإنما هو مائل بنصفه الأعلى ، وإذا كان بمنزلة القائم فيكون قيام المسبوق مشاركة له فى فعل القيام ، ولا يكون فعلاً لما سُبِقَ له .

وهذا هوس ، لأن الراكع ليس بقائم حقيقة ، لأن القيام عبارة عن هيئة مخصوصة ، لا ينطلق هذا الاسم إلا على تلك الهيئة ، ولئن جاز أن يقال: إن الراكع نصفه قائم جاز أن يقال : القائم نصفه راكع ، ومَنْ دخل فى أمثال هذا فقد جنى على عقله وعدل عن طريقة الفقهاء إلى طريق المهوّسين الهازلين .

فإن قالوا : فَلِمَ يسقط القيام ؟

قلنا : لا يلزمنا بيانه ، وعلى انه يمكن أن يقال : إنما يسقط بعلة العجز، فإنه لما أُمِرَ بالمتابعة فقد عجز عن القيام فصار كما لو عجز بالمرض .

وأما المعنى من قولهم : « إن القرآن إنما أنزل للعمل به ، فهو كلام صحيح فى أصله ، وليس بشئ فى هذه المسألة ، لأن الإستماع والتدبر وإن

---

(١) انظر : الاسرار : ١/٥٥/أ مراد ملا .

أمِرَ به فهو سُنَّة وأدب من آداب الشرع ، والقراءة ركن ، بدليل أنه لو قرأ بغير تدبر جازت صلاته ، ولو سكت غير مستمع تجوز صلاته عندكم ، ولو ترك القراءة أصلا بطلت صلاته ، وإذا كان الإستماع من سنن القراءة وآدابها ، فلا يجوز أن يقام مقام أصل القراءة .

والدليل على أن الإستماع ليس بأصل ان الشرع ورد بالإسرار تارة وبالجهر أخرى فلا يتصور الإستماع مع الإسرار ، وبهذا يفارق الخطبة ، فان الإستماع هناك لما كان أصلاً لم يرد الشرع فيها الا بالجهر ، وهذا لأن الصلاة بأركانها كلها مؤداة للّه تعالى ، وليس بخطاب لأحد من الخلق حتى يشرع استماعهم على وصف الوجوب . نعم هو أدب وسُنَّة فى حال الجهر تعظيماً للقرآن ، وإذا كان مؤداة للّه تعالى من المصلى فلا خلل فيها سواء اتصل به الإستماع أو لم يتصل ، بخلاف الخطبة فإنها خطاب للناس وعظة لهم ، فإذا لم يوجد الإستماع اختل أمر الخطبة فثبت بمجموع هذا الكلام ، أن الإستماع لا يجوز أن يكون خلفاً عن القراءة بحال ، والقراءة ركن فإسقاطها بالإتباع والإقتداء إلى غير خلف لها في معناها لا يجوز . وقولهم « أن الجهر هو الأصل » .

قلنا : لا بل لو قُلِبَ وقيل ان الإسرار هو الأصل كان صحيحاً بل الأصح أن القراءة أصل أمِرَ بها بوصفى الإسرار والإخفاء لتختلف تارات القارئ ، ويشتمل وصف العبادة كما تختلف أحوال المصلى من انتقالاته من قيام إلى ركوع إلى سجود إلى قعود ، ويشمل وصف العبادة جميعها ، فأما أن يجعل أحدهما أصلا والآخر مأموراً بعارض فليس عليه دليل .

ألا ترى أن الإسرار قد ورد به الشرع فى صلاة المغرب والعشاء الآخرة فيما زاد على الركعتين ، فدل انه ليس الأمر على ما زعم .

وخرج على ما قلناه فصل السورة ، لأنها سنة . وقد بينّا أن الإستماع سُنَّة ، فيجوز أن يسقط بسُنَّة إلى سُنَّة مثلها .

أما القراءة ركن والإستماع سُنَّة فلا يجوز أن يسقط ركن إلى خلف هو سُنَّة .

والله تعالى أعلم .

* * *

مسألة

قراءة القرآن بالفارسية لا يجوز وغيرها من اللغات عندنا [١] .

وهو قول أكثر أهل العلم .

وعند أبى حنيفة رحمة الله عليه بدون صاحبيه يجوز [٢] ، وعلى مذهبه اختلافات لأصحابهم مذكورة فى كتبهم [٣] .

لنا :

قوله تعالى : ﴿ فاقرؤا ما تيسر من القرآن ﴾ [٤] والقرآن اسم للمنزَّل بلغة العرب بدليل قوله تعالى : ﴿ إنَّا أنزلناه قرآناً عربياً ﴾ [٥] .

---

(١) وهو قول مالك وأحمد ، المهذب : ١٠٩/١ ، المجموع : ٣١٢/٣ ، حلية العلماء : ٩٢/٢ ، روضة الطالبين : ٢٤٤/١

الاستذكار : ١٣٧/٢ ، الإشراف للبغدادى : ٧٨/١ ، أحكام القرآن للقرطبى : ١٤٩/١٦ ، المغنى : ١٥٨/٢ ، المقنع : ١٤٤/١ ، واختاره أبو زيد فى اسراره ورقة . . ١/ أ شهيد على .

قال البخارى فى كشف الاسرار عن أصول البزدوى : « وهو اختيار القاضى أبى زيد وعامة المحققين وعليه الفتوى » : ٢٥/١ .

وأورد القرطبى عن على بن الجعد عن أبى يوسف عن أبى حنيفة مثل قول صاحبيه فى إنكار القراءة بالفارسية » اهـ .

انظر : تفسير القرطبى : ١٤٩/١٦

(٢) الاسرار لأبى زيد : . . ١/أ شهيد على ، رؤوس المسائل ص ١٥٧ ، بدائع الصنائع : ٣٢٩/١، قال فيه : قال أبو يوسف ومحمد :« إن كان يحسن لا يجوز وان كان لا يحسن يجوز » اهـ . المبسوط : ٣٧/١ .

(٣) انظر : المبسوط : ٣٧/١

(٤) سورة المزمل : آية (٢٠) .

(٥) سورة يوسف : آية (٢) .

وقال اللّه تعالى : ﴿ بلسان عربى مبين ﴾ [١] ، فغير العربى لا يكون قرآناً . يبينه ان القرآن ما أنزل اللّه تعالى على نبيه محمد عليه السلام فتلوناه بألسنتنا وكتبناه فى مصاحفنا وحفظناه فى صدورنا .

ونحن نعلم قطعاً أن الفارسية ليست مما أنزل على محمد ﷺ ولا هو المتلو على الألسن ولا المكتوب فى المصاحف فلا يكون قرآنا ولأنه إذا قرئ بالفارسية فقد أخل / بنظم القرآن ، والقرآن قرآن بنظمه ومعناه . ٢٦/أ
وهذا لأنه كلام امتاز عن كلام الخلق بالإعجاز ، والإعجاز فى نظمه ، لأنه نظم خارج عن أقسام كلام العرب ، فإذا اختل النظم ذهب الإعجاز ، وإذا ذهب الإعجاز لم يكن قرآناً .

يدل عليه (ان القرآن نزل حُجَّة على النبوة وعَلَماً للهدى ، والهدى بمعناه والحجة بنظمه ، ثم الإخلال بالمعنى يسقط حكم القراءة ، كذلك الإخلال بالنظم)[٢] . يبينه ان حفظ القرآن واجب بنظمه ومعناه ليكون حجة النبوة، وحُجَّة الأحكام محفوظة فى أيدى الناس ، والحفظ يكون بالقراءة ، ولا تجب القراءة الا فى الصلاة فعرفنا أن جوازها متعلق بعين ما أنزل اللّه ليحصل الحفظ المطلوب من الناس على ما أنزل .

وأما حجتهم :

تعلقوا (بقوله سبحانه وتعالى : ﴿ إن هذا لفى الصحف الأولى ﴾ [٣].

وقوله تعالى :﴿ وإنه لفى زُبُرِ الأوَّلين ﴾ [٤] ولم يكن فيها بالعربية .

---

(١) سورة الشعراء : آية (١٩٥) .

(٢) ما بين القوسين نقلا من الاسرار ورقة . . ١/ب شهيد على .

(٣) سورة الأعلى : آية (١٨) .

(٤) سورة الشعراء : آية (١٩٦) .

وقال تعالى : ﴿ وأوحىَ إلىّ هذا القرآن لأُنذركم به وَمَنْ بلغ ﴾ [1] أى بالقرآن وإنما ينذرون بلغاتهم ، فدل أنه لا يصير شيئاً آخر باختلاف اللغة .
وعن ابن مسعود - رضى الله عنه - انه لقن رجلا ﴿ طعام الاثيم ﴾ [2] . وكان يقول : طعام اليتيم ، فقال : قل طعام الفاجر [3] .

وعن أنس أنه قرأ : « وحططنا عنك وزرك »[4] مكان قوله: ﴿ ووضعنا عنك وزرك[5] ﴾)[6] .

قال : ولأن العبرة بالمعنى فانه هو المقصود ، وقد أدى المعنى وإن كان بلغة أخرى .

وأما الإعجاز فهو اختصار المعنى ، والإخبار عن الغيوب فهذا لا يذهب وان قرئ بلغة أخرى .

الجواب :

أما الآيات التى تعلقوا بها فليس فيها دليل لهم ، بل هو دليل عليهم ، لأنه كان فى زُبُرِ الأولين ولم يكن قرآنا ، فان زُبُرَ الأولين والصحف الأولى ليست بقرآن ، ولو قرأ ذلك فى صلاته لا تجوز صلاته ، وإذا كان على هذا الوجه فيجوز أن يكون معنى الآية : ذكر الرسول أو يكون المراد معنى القرآن لا نفس القرآن . وأما الذى نقلوا عن ابن مسعود فيحتمل انه انما قال ذلك تنبيهاً له على المعنى فإذا تنبه على المعنى كان لسانه بذلك أطلق.

---

(١) سورة الأنعام : آية (١٩) . (٢) سورة الدخان : آية (٤٤) .

(٣) أورده ابن جرير الطبرى فى تفسيره عن أبى الدرداء .

انظر : تفسير الطبرى : ١٣١/٢٥

وأورده القرطبى فى تفسيره عن أبى الدرداء وابن مسعود : ١٤٩/١٦

(٤) ذكر ذلك القرطبى فى تفسيره : ١٠٥/٢ .

(٥) سورة الشرح : آية (٢) .

(٦) ما بين القوسين نقلا من الاسرار لابى زيد ورقة ١٠/أ شهيد على .

وأما المروى عن أنس فهو من القراءات الشواذ ، وقد كانوا يقرؤون الشواذ على أنه من المنَّزل ، ولكن انقطع النقل الآن ، واتفق الأمة على مصحف الإمام وهو مصحف عثمان رضى الله عنه وترك ما سواه فلم يجز قراءة غيره لأجل الإجماع .

وأما الذى قالوا : « إن العبرة بالمعنى » .

قلنا : قد بيَّنا أن القرآن بنظمه ومعناه جميعاً فلا يجوز الإخلال بواحد منهما .

وقولهم « إن الإعجاز فى اختصار المعنى ».

قلنا : الإختصار وغير الإختصار قد وُجدَ فى القرآن ، وليس ذلك من الإعجاز وإنما الإعجاز فى نظمه على ما سبقَ .

وأما الإخبار عن الغيوب فان ذلك فى بعض السور وما من سورة من القرآن إلا وهى معجزة ، فلم يكن الإعجاز على العموم إلا فى النظم .

فإن قالوا : (إن القراءة فى الصلاة للثناء على الله تعالى ليس للمحاجة مع الكفار والثناء يتأدّى بالمعنى) [1] .

(قلنا : القراءة فى الصلاة ليست للثناء على الله تعالى ، فإنه يُقرأ بما ليس فيه ثناء ، وانما الثناء سُنَّة فى الصلوات كلها ، ولكن القراءة ركن . فدل أنه إنما يقرأ القرآن ليكون محفوظاً ، كما أنزل حُجَّة على النبوة ، والأحكام جميعاً على ما سبق ، ولأنه لو نظم معناه شعراً ثم قرأ به فسدت صلاته . لأن نظمه من كلام الناس ، كذلك إذا قرأ بلغة أخرى أيضاً) [2]، لأن نظمه من كلام الناس لا من كلام الله وهذا فصل معتمد. والله أعلم .

---

(١) ما بين القوسين نقلاً من الاسرار ورقة ..١٠ /ب شهيد على .

(٢) ما بين القوسين نقلاً من الاسرار ورقة ١٠١/أ شهيد على .

مسألة

يُسَن رفع اليد عند الافتتاح وعند الركوع وعند رفع رأسه من الركوع عندنا [1] .

وعندهم : لا يُسن إلا عند الإفتتاح [2] .

لنا :

حديث الزهرى عن سالم عن أبيه وهو ابن عمر قال : رأيتُ [3] رسول الله ﷺ إذا افتتح الصلاة رفع يديه حتى يحاذى منكبيه وإذا ركع ، وإذا[4] رفع رأسه (من الركوع) [5] فعل مثل ذلك وكان لا يرفع من السجدتين » [6] .

---

(١) وهو قول أكثر أهل العلم ، الأم : ١/ ٩٠ ، المجموع : ٣/٣٣٧ ، حلية العلماء : ٢/٩٦، التحقيق : ١/٢٧٢ ، المغنى : ٢/١٣٦ ، شرح النووى على مسلم : ٤/٩٥ ، المدونة : ١/٦٨ ، الإشراف للبغدادى : ١/٧٤ ، الإستذكار : ٢/١٢٤ ، سنن الترمذى مع العارضة : ٢/٥٧

(٢) رؤوس المسائل ص ١٥٦ ، مختصر القدورى : ١/٦٤ ، شرح معانى الآثار : ١/٢٢٨ ، الاسرار ورقة ١٠٩ /أ شهيد على .

(٣) ساقطة من المخطوط ، وقد وردت عند الترمذى بهذا اللفظ .

(٤) ساقطة من المخطوط ، وقد وردت عند الترمذى كما سيأتى فى التخريج .

(٥) ما بين القوسين ساقط من المخطوط ، ولعله من الناسخ ، والمقام يقتضى ذلك .

(٦) رواه البخارى فى صحيحه : ٢/٢١٩ مع الفتح فى باب رفع اليدين إذا كبَّر وإذا ركع وإذا رفع .

ومسلم فى صحيحه : ٤/٩٣ ، ٩٤ مع النووى فى باب استحباب رفع اليدين مع تكبيرة الإحرام.

وأبو داود فى سننه : ١/٤٦١ مع المعالم فى باب رفع اليدين فى الصلاة .

والترمذى فى سننه : ٢/٥٦ مع عارضة الأحوذى فى باب ما جاء فى رفع اليدين عند الركوع =

وروى هذه السُنَّة عن النبى عليه السلام قريب من ثلاثين نفساً من الصحابة [١] منهم : عمر وعلىّ رضى اللّه عنهما ، ووائل بن حجر ، ومالك بن الحويرث ، وأبو هريرة ، وأنس ، وجابر ، وأبو أسيد ، وأبو حميد، وسهل بن سعد ، ومحمد بن مسلمة ، وأبو قتادة ، وأبو موسى الأشعرى ، وعمر الليثى [٢] .

وعن علىّ بن المدينى قال : حديث ابن عمر مثل هذه الإسطوانة - يعنى فى الثبوت . وقد قال بهذه السُنَّة ابن عمر ، وجابر بن عبد اللّه ، وأبو هريرة ، وأنس ، وابن عباس ، وعبد اللّه بن الزبير وغيرهم ، من التابعين : الحسن البصرى ، وعطاء ، وطاووس ، ومجاهد ، ونافع ، وسالم بن عبد اللّه ، وسعيد بن جبير ، وغيرهم .

وقال بها الأئمة : الأوزاعى ، ومالك ، ومعمر ، وابن عيينة ، وعبد اللّه بن المبارك ، والشافعى ، وأحمد ، وإسحاق [٣] .

= والنسائى فى سننه : ٩٣/٢ ، ٩٤ ، ١٥٢ ، ١٥٣ فى باب رفع اليدين حذو المنكبين .....

ابن ماجه فى سننه : ٢٧٩/١ ، فى باب رفع اليدين إذا ركع .

والدارمى فى سننه : ٢٨٥/١ ، ٣٠٠ .

والامام مالك فى الموطأ : ١ / ١٤١ مع المنتقى فى باب ما جاء فى افتتاح الصلاة .

والامام أحمد فى المسند : ٨/٢ ، ١٨ ، ٩٢ ، ١٠٠ ، ١٠٦ ، ١٣٢ ، ١٣٤ ، ١٤٧ ،

والشافعى فى الأم : ٩٠/١ .

والبغوى فى شرح السُنَّة : ٢٠/٣ .

والبيهقى فى سننه : ٩٨/٢ ، ٩٩

والطحاوى فى شرح معانى الآثار : ٢٢٢/١ ، ٢٢٣

(١) ذكر ذلك فى المجموع : ٣٤٠/٣ .

(٢) ، (٣) انظر : شرح السُنَّة للبغوى : ٢٢/٣ ، سنن البيهقى : ٧٤/٢ ، ٧٥ ، التحقيق : ٢٧٤/١ ، المجموع شرح المهذب : ٣٣٧/٣ .

وقد اختلف فيه عن مالك [١] ، وابن عيينة إلا أن أصح الروايتين عنهما ما قدمناه . نقله ابن وهب وغيره [٢] عن مالك .

وقد اتفق على هذه السُنَّة أهل الحجاز [٣] ، وقيل : إن أهل مكة أخذوا رفع اليدين فى المواطن الثلاثة عن ابن جريج ، وأخذه ابن جريج عن عطاء ، وأخذه عطاء عن عبد الله بن الزبير ، وأخذه ابن الزبير عن أبى بكر ، وأخذ أبو بكر عن النبى ﷺ [٤] .

أما حجتهم :

تعلقوا بحديث سفيان عن عاصم [٥] بن كليب الجرمى عن عبد الرحمن بن الأسود [٦] عن علقمة قال : قال عبد الله بن مسعود : ألا أصلى بكم صلاة رسول الله فصلى فلم يرفع يديه الا فى أول مرة [٧] .

---

(١) روى عنه ابن القاسم أنه لا يرفع الا فى تكبير الاحرام .

انظر : المدونة : ٦٨/١ ، الاشراف للبغدادى : ٧٤/١ ، الاستذكار : ١٢٣/٢ - ١٢٤

(٢) انظر : الاستذكار : ١٢٣/٢ ، ١٢٤ ، وقال فيه : « ورواه أيضاً عن مالك أبو مصعب والوليد بن مسلم ، وسعيد بن أبى مريم وقال ابن عبد الحكم : لم يرو أحد عن مالك مثل رواية ابن القاسم فى رفع اليدين » ا هـ .

(٣) قال النووى فى المجموع : « قال الأوزاعى : أجمع عليه علماء الحجاز والشام والبصرة » . وحكاه « ابن وهب عن مالك » ا هـ . ٣٣٧/٣ .

(٤) رواه البيهقى فى سننه : ٧٣/٢ ، ٧٤ .

(٥) عاصم بن كليب بن شهاب الجرمى الكوفى ، صدوق رمى بالإرجاء ، من الخامسة ، مات سنة بضع وثلاثين ، روى له البخارى تعليقا ، ومسلم وأصحاب السنن ، انظر : التقريب ص ١٦٠.

(٦) عبد الرحمن بن الأسود بن عبد يغوث بن وهب بن عبد مناف بن زهرة الزهرى ، ولد على عهد رسول الله ﷺ ، ومات أبوه فى ذلك الزمان فعدّ لذلك فى الصحابة .

وقال العجلى : من كبار التابعين .

روى له البخارى وأبو داود وابن ماجه . انظر التقريب ص ١٩٨

(٧) رواه الترمذى فى سننه : ٥٨/٢ مع عارضة الأحوذى فى باب ما جاء فى رفع اليدين . =

قالوا : ورواه حماد [1] عن إبراهيم عن علقمة عن عبد الله بن مسعود [2].

ورواه يزيد [3] بن أبى زياد عن عبد الرحمن بن أبى ليلى عن البراء بن عازب أن النبى ﷺ صلى فرفع يديه فى التكبير الأولى ثم لم يعد » [4].

وروى مسلم [5] عن ابن عباس أن النبى عليه السلام قال : « لا ترفع الأيدى

= وأبو داود فى سننه : ١/٤٧٧ ، ٤٧٨ مع المعالم فى باب مَنْ لم يذكر الرفع عند الركوع .

والنسائى فى سننه : ٢/١٤٦ ، ١٥٣ ، فى باب الرخصة فى ترك رفع اليدين ، وأحمد فى مسنده : ١/٣٨٨

قال ابن الجوزى فى التحقيق : « قال فيه عبد الله بن المبارك : لا يثبت هذا الحديث » .

وقال أبو داود : ليس بصحيح ، وقال غيرهما : « لم يسمع عبد الرحمن من علقمة . ويجوز أن يكون علقمة لم يضبط ، أو ابن مسعود قد خفى عليه هذا من فعل رسول الله ﷺ ، كما خفى عليه غيره مثل نسخ التطبيق » ا هـ

التحقيق : ١/٢٧٨ ، سنن أبي داود : ١/٤٧٨

(١) حماد (هو ابن سلمة) .

(٢) رواه الدارقطنى فى سننه : ١/٢٩٥ وقال : « تفرد به محمد بن جابر وكان ضعيفاً عن حماد عن إبراهيم ، وغير حماد يرويه عن إبراهيم مرسلاً عن عبد الله من فعله غير مرفوع إلى النبى ﷺ وهو الصواب » ا هـ .

(٣) يزيد بن أبى زياد القرشى الهاشمى مولاهم الكوفى ، ضعيف ، كبر فتغير صار يتلقن وكان شيعياً ، من الخامسة ، مات سنة ١٣٦ هـ.

روى له البخارى تعليقاً ومسلم ، وأصحاب السنن الأربعة ، التقريب : ص ٣٨٢

(٤) رواه الدارقطنى فى سننه : ١/٢٩٣ ، ٢٩٤

والطحاوى فى شرح معانى الآثار : ١/٢٢٤ ، واستدل به الدبوسى فى إسراره ورقة ١٠٩/أ شهيد على .

(٥) وهم المؤلف حينما أسنده إلى مسلم وإنما هو فى معجم الطبرانى الكبير : ١١/٣٨٥

إلا فى سبعة مواطن » [١] ، وذكر منها حال الإفتتاح ، ولم يذكر ما سوى ذلك من أحوال الصلاة .

وتعلقوا أيضاً بالحديث المعروف أن النبى عليه السلام رأى أصحابه وقد رفعوا أيديهم فقال : « ما بالكم رافعى أيديكم ، كأنها أذناب خيل شُمْس [٢] ، اسكنوا فى الصلاة » [٣] .

قالوا : وراوى خبركم ابن عمر . وقال مجاهد : صحبت ابن عمر من المدينة إلى مكة فلم يكن يرفع يديه إلا فى الإفتتاح [٤] .

ونقلوا عنه أنه قال : رفع اليدين بدعة .

قالوا : ولأن رفع اليدين مجرد حركة بلا معنى ، وأما فى حال الإفتتاح سلم للنص .

---

(١) قال ابن الجوزى فى التحقيق : « حديث ابن عباس لا يعرف مسنداً إنما هو موقوف عليه ، والمعروف عنه : « ترفع الأيدى فى سبعة مواطن » .

انظر : التحقيق ٢٨٢/١

(٢) كأنها أذناب خيل شُمْس : « هو بإسكان الميم وضمها ، وهى التى لا تستقر بل تضطرب وتتحرك بأذنابها وأرجلها ، والمراد بالرفع المنهى عنه هنا : رفعهم أيديهم عند السلام مشيرين إلى السلام من الجانبين » .

شرح النووى على مسلم : ١٥٣/٤

(٣) رواه مسلم فى صحيحه : ١٥٢/٤ مع النووى فى باب الأمر بالسكون فى الصلاة .

وأحمد فى المسند : ١٠١/٥ ، ١٠٧

وذكره الدبوسى مستدلاً به . انظر الاسرار ورقة ١٠٩/أ شهيد على .

(٤) رواه الطحاوى فى شرح معانى الآثار : ٢٢٥/١

وقد استدل به الدبوسى فى إسراره ورقة ١٠٩/ب شهيد على .

الجواب :

أما حديث ابن مسعود فقد روى سفيان [1] بن عبد الملك عن ابن المبارك قال : ثبت حديث مَنْ يرفع ، ولم يثبت حديث ابن مسعود أن النبى عليه السلام لم يرفع إلا فى أول مرة [2] .

وقيل : إن عبد الرحمن بن الأسود لا يصح سماعه عن علقمة [3] .

ولأنه يحتمل أنه خفى عن ابن مسعود هذه السُنَّة كما خفى عليه الأخذ بالركبة فى حال الركوع ، وقد كان يطبق حتى توفاه الله [4] .

أما حديث البراء بن عازب فقوله : « ثم لم يعد » غير ثابت وقد كان يزيد بن أبى زياد روى بالحجاز من غير هذه الزيادة ثم روى بالكوفة مع هذه الزيادة ، فيحتمل « أنه لقن فتلقن ، وقد كان اختلط فى آخر عمره » [5] .

---

(١) سفيان بن عبد الملك المروزى من كبار أصحاب ابن المبارك ، ثقة من قدماء العاشرة ، مات قبل المائتين .

روى له مسلم وابن ماجه وأبو داود ، انظر : التقريب ص ١٢٨

(٢) قال الدارقطنى فى سننه : « قال ابن المبارك : لم يثبت عندى حديث ابن مسعود أن رسول الله رفع يديه أول مرة ثم لم يرفع ، وقد ثبت عندى حديث مَنْ يرفع يديه إذا ركع وإذا رفع ، قال ابن المبارك : ذكره عبيد الله العمرى ، ومالك ، ومعمر ، وسفيان ، ويونس ، ومحمد بن أبى حفصة عن الزهرى عن سالم عن أبيه عن النبى ﷺ .

انظر : سنن الدارقطنى : ٢٩٣/١ ، سنن البيهقى : ٧٩/٢

(٣) التحقيق : ٢٧٨/١ (٤) التحقيق : ٢٧٨/١

(٥) رواه الدارقطنى فى سننه : ٢٩٤/١ ثم قال : « قال علىّ بن عاصم : فلما قدمتُ الكوفة قيل لى : إن يزيد حى ، فأتيته فحدثنى بهذا الحديث قال : حدثنى عبد الرحمن بن أبى ليلى عن البراء قال : رأيتُ النبى ﷺ حين قام الى الصلاة فكبَّر ورفع يديه حتى ساوى بهما أذنيه ، فقلت له: أخبرنى ابن أبى ليلى أنك قلت : ثم لم يعد ، قال : لا أحفظ هذا فعاودته فقال : ما أحفظه » ا هـ.

وقال أبو داود فى سننه : « ورواه هشيم وخالد وابن إدريس عن يزيد ولم يذكروا فيه : « ثم لايعود » ثم قال : هذا حديث ليس بصحيح » ا هـ . =

وأما حديث مقسم [١] فهو عن ابن عباس نفسه [٢] ، والرواية : « برفع الأيدى » وليس فيه نفى الرفع فى غير المواضع السبعة .

وأما الذى رووا عن قوله عليه السلام : « ما بالكم رافعى أيديكم .... » فقد ذكر مسلم فى صحيحه [٣] هذا الخبر ، وذكر أنهم كانوا يرفعون أيديهم فى التشهدويشيرون بالسلام فقال النبى عليه السلام ما قال .

والذى نقلوا عن ابن عمر فقد ثبت عن ابن عمر ما قدمناه .

وروى زيد [٤] بن واقد عن نافع [٥] أن ابن عمر كان إذا رأى رجلاً لا يرفع يديه فى الصلاة حصبه [٦] - أى رماه بالحصباء .

= انظر : سنن أبى داود : ٤٧٨/١ ، ٤٧٩ مع المعالم .

قال ابن الجوزى فى التحقيق : « قال البخارى : وكذلك روى الحفاظ الذين سمعوه من يزيد قديماً منهم الثورى وشعبة وزهير ، وليس فيه : ثم لم يعد » ا هـ .

انظر : التحقيق : ٢٨٠/١ .

(١) مقسم - بكسر أوله - ابن بُجْرة - بضم الموحدة ، وسكون الجيم ، ويقال : نجدة - بفتح النون وبدالٍ ، أبو القاسم مولى عبد الله بن الحارث ويقال له : مولى ابن عباس للزومه له ، صدوق وكان يرسل ، من الرابعة مات سنة ١٠١ هـ . وما له فى البخارى سوى حديث واحد .

روى له البخارى والأربعة ، انظر : التقريب ص ٣٤٦

(٢) قال النووى فى المجموع : قال البخارى فى كتابه رفع اليدين : هو ضعيف مرسل » ا هـ : ٣٤٢/٣

ورواه الطبرانى فى المعجم الكبير مرفوعاً : ٣٨٥/١١

وقال الهيثمى فى المجمع : ١٠٣/٢ : « وفيه ابن أبى ليلى وهو ضعيف لسوء حفظه ، وقد وثق » ا هـ .

(٣) انظر : صحيح مسلم : ١٥٢/٤ مع النووى .

(٤) زيد بن واقد القرشى الدمشقى ، ثقة ، من السادسة .

روى له البخارى ، وأبو داود والنسائى ، وابن ماجه ، انظر : التقريب ص ١١٤

(٥) نافع أبو عبد الله المدنى مولى ابن عمر ، ثقة ثبت ، فقيه مشهور ، من الثالثة ، مات سنة ١١٧ هـ ، روى له الجماعة . انظر : التقريب ص ٣٥٥

(٦) رواه الدارقطنى فى سننه : ٢٨٩/١

وقولهم : « إنه قال « بدعة » أثر موضوع [1] . وكيف وقد روى عنه ما قدمنا ثم يخالفه ويسميه بدعة مع شدة تمسكه بسُنَّة رسول الله ﷺ حتى قال بعض الصحابة : ما أحد منا فتش إلا فتش عن جائفة أو منقلة غير عمر ، وابن عمر منه » [2] .

وأما قولهم : « حركة بلا معنى » .

قلنا : الاعتراض على السُنَّة بمثل هذا الكلام باطل ، وعلى أنه زينة الصلاة وقد ورد هذا فى بعض الآثار . والله أعلم .



---

(١) قال ابن الجوزى فى التحقيق : ولا يصح ما حكوا : لا عن عمر ولا عن علىّ ولا عن ابن عمر . انظر : التحقيق : ٢٨٢/١

قال البيهقى فى سننه : قال الزعفرانى ، قال الشافعى : لا يثبت عن علىّ وابن مسعود يعنى : ما روى عنهما أنهما كانا لا يرفعان أيديهما فى غير تكبيرة الإحرام » انظر السنن : ٨١/٢

وقال النووى فى المجموع : قال البخارى فى جزء رفع اليدين فى الصلاة : فَمَنْ زعم ان رفع اليدين بدعة فقد طعن فى أصحاب رسول الله ﷺ والسَلَف ومَنْ بعدهم ، وأهل الحجاز وأهل المدينة وأهل مكة وعدة من أهل العراق وأهل الشام واليمن وعلماء خراسان منهم ابن المبارك حتى شيوخنا ولم يثبت عن أحد من الصحابة رضى الله عنهم ترك الرفع وليس أسانيده أصح من أسانيد الرفع ». المجموع : ٣٤٤/٣

(٢) ذكره الزمخشرى فى الفائق عن حذيفة بن اليمان ولفظه : « لقد تركنا رسول الله ﷺ ونحن متوافرون ، وما منا أحد لو فتش إلا فتش عن جائفة أو منقلة إلا عمر وابن عمر » ا هـ . مادة « جوف » . ثم قال : وفى معناه قول جابر : « ما منا أحداً لا مالت به الدنيا إلا عمر وابن عمر » ، الفائق : ٢٤٧/١

وذكره ابن الأثير فى النهاية فى غريب الحديث مادة « جوف » عن حذيفة ولفظه : « ما منا أحد لو فتش الا فتش عن جائفة أو منقلة » . وليس فيه : « غير عمر » ، والجائفة : الطعنة التى تنفذ الجوف ، و المنقلة : ما ينقل العظم عن موضعه من الجراح .

(مسألة)

إذا تكلم فى صلاته ناسياً أو مخطئاً أو مكرهاً لم تبطل صلاته عندنا [١] .

وعندهم تبطل صلاته [٢] .

لنا : ما رواه مالك [٣] عن أيوب [٤] عن ابن سيرين [٥] عن أبى هريرة أن النبى عليه السلام صلّى إحدى صلاتى العشى [٦] أو الظهر أو العصر

---

(١) حلية العلماء : ١٢٨/٢ ، المجموع : ١٦/٤ قال النووى : وبه قال جمهور العلماء منهم : ابن مسعود وابن عباس وابن الزبير وعروة بن الزبير وعطاء والحسن البصرى والشعبى ، وقتادة وجميع المحدِّثين ، ومالك ، والأوزاعى ، وأحمد - فى رواية ، وإسحاق ، وأبو ثور وغيرهم رضى الله تعالى عنهم .

المغنى : ٤٤٦/٢ ، الإشراف للبغدادى : ٩١/١ ، الكافى فى فقه أهل المدينة : ٢٤٣/١ ، شرح السُّنَّة للبغوى : ٢٣٩/٣ ، المهذب : ١٢٤/١ ، معالم السنن للخطابى : ٥٧/١ .

(٢) مختلف الرواية ورقة ٣٩/ب

الاسرار لأبى زيد ورقة ٣٩/١/أ مراد ملا ، المبسوط : ١٧/١ ، مختصر القدورى : ٨٣/١ ، رؤوس المسائل ص ١٥٩ ، بدائع الصنائع : ٥٧٧/٢ وهو رواية عن الامام أحمد ، المغنى : ٤٤٦/٢

(٣) رواه مالك بلفظ ، آخر انظر الموطأ : ١٧٢/١ ، مع المنتقى فى باب مَنْ سلَّم من ركعتين ساهياً .

(٤) أيوب بن أبى تميمة السختيانى أبو بكر البصرى ، ثقة ثبت حجة من كبار الفقهاء العباد ، من الخامسة ، مات سنة ١٣١ هـ ، وله خمس وستون سنة روى له الجماعة ، انظر : التقريب ص ٤١

(٥) محمد بن سيرين الأنصارى أبو بكر بن أبى عمرة البصرى ، ثقة ثبت عابد كبير القدر ، كان لا يرى الرواية بالمعنى - من الثالثة ، مات سنة ١١٠ هـ . روى له الجماعة . انظر التقريب ص ٣٠١

(٦) كذا فى المخطوط ، وفى الموطأ : « أما » .

فسلم على اثنتين ، فقال له ذو اليدين : أقصرت الصلاة أو نسيتَ يا رسول الله ؟ فقال النبى عليه السلام : « أصدق ذو اليدين » ؟ قالوا : نعم ، فعاد وأتم صلاته ثم سجد سجدتى السهو [1] . والخبر نص .

قالوا : كان هذا قبل تحريم الكلام فى الصلاة ، وقيل : / إن القوم ٢٧/أ تكلموا عامدين ومع ذلك لم يعيدوا الصلاة .

قلنا : هذا حمل الحديث على النسخ بلا دليل ، ولأن أبا هريرة متأخر

---

(١) هكذا ورد الحديث مختصراً ولفظه فى الموطأ : « أن رسول الله ﷺ انصرف من اثنين فقال له ذو اليدين : أقصرت الصلاة أم نسيتَ يا رسول الله ؟ فقال رسول الله ﷺ : « أصدق ذو اليدين » ؟ ، فقال الناس : نعم ، فقام رسول الله ﷺ فصلى ركعتين آخريين ثم سلّم ثم كبّر فسجد مثل سجوده أو أطول ثم رفع ثم كبّر فسجد مثل سجوده أو أطول ثم رفع » - الموطأ : ٧٢/١ مع المنتقى .

رواه البخارى فى صحيحه فى عدة مواضع : -

فى باب تشبيك الأصابع فى المسجد : ٥٦٥/١

وفى باب إذا سلم فى ركعتين أو ثلاث فسجد سجدتين ، صحيحه مع الفتح : ٩٦/٣

وفى باب مَنْ لم يتشهد فى سجدتى السهو : ٩٨/٣

وفى باب مَنْ يُكبِّر فى سجدتى السهو : ٩٩/٣

وفى باب ما لا يجوز من ذكر الناس نحو قولهم الطويل والقصير : ٤٦٨/١ .

وفى باب ما جاء فى إجازة خبر الآحاد : ١٣ / ٢٣٢

ومسلم فى صحيحه : ٦٧/٥ ، ٦٨ مع النووى فى باب السهو فى الصلاة والسجود له .

وأبو داود فى سننه : ٦١٢/١ مع المعالم فى باب السهو فى السجدتين .

والترمذى فى سننه : ١٨٨/٢ ، ١٨٩ ، مع عارضة الأحوذى فى باب ما جاء فى الرجل يُسلِّم فى الركعتين من الظهر والعصر .

والنسائى فى سننه : ١٧/٣ ، ١٨ فى باب ما يفعل مَنْ سلّم من ركعتين ناسياً وتكلم .

وابن ماجه فى سننه : ٣٨٣/١ فى باب مَنْ سلم من ثنين أو ثلاث .

والدارمى فى سننه : ٣٥١/١ ، ٣٥٢ فى باب سجدة السهو من الزيادة .

والامام أحمد فى مسنده : ٢٣٤/٢ ، ٢٣٥ ، ٤٢٣ ، ٤٦٠ .

الإسلام فإنه أسلم سنة سبع من الهجرة ، وقد كان الكلام حُرِّم قبل هذا بزمان مديد .

وأما قوله : « إن القوم قد تكلموا عامدين ولم يأمرهم بإعادة الصلاة ».

قلنا : قد كان الكلام واجباً عليهم بخطاب النبى عليه السلام ، وإذا وجب الكلام لا تبطل به الصلاة .

وأما الكلام من حيث المعنى فنقول :

الكلام محظور الصلاة فعمله فى إبطال الصلاة من حيث إرتكاب الحظر وفى حال النسيان زال الحظر فزال عمله كما لو أكل ناسياً فى الصوم .

وإنما قلنا : إنه محظور الصلاة ، لأن الصلاة مجموع أفعال يؤديها مثل الحج سواء وليس ترك الكلام من أفعال الصلاة إلا أن الشرع حظر عليه الكلام . لأن الصلاة عبادة وقيام فى موضع المناجاة وإقبال على الله تعالى بالكلية ، فكان من قضيتها ترك الكلام لتحقيق الإقبال على الله بالكلية ، واحترام موضع النجوى ، وتعظيم المعبود مثل الحج فإنه مهاجرة إلى الله تعالى وزيارة لبيته فاقتضى تحريم ما يشبه من أحوال المرفهين المتنعمين مثل لبس المخيط والتطيب والتجمل ليكون أشبه بالمهاجرين إلى الله تعالى، وإذا ثبت أن الكلام محظور الصلاة ، وليس تركه فعلاً يؤدى به الصلاة فمتى زالت الحظرية زال عمله .

أما حجتهم :

قالوا : ترك الكلام [١] شرط صحة الصلاة ، وشروط الصلاة لا تسقط بالنسيان كالطهارة ، واستقبال القبلة وسائر الشرائط .

---

(١) فى المخطوط : « الصلاة » ، والتصويب من المحقق .

يدل عليه أن أصل الصلاة لا يسقط بالنسيان فكذلك شروطها .

والدليل على أنه شرط الصلاة أن النبى عليه السلام قال لمعاوية [(١)] بن الحكم السلمى : « إن صلاتنا لا يصلح فيها شئ من كلام الناس » [(٢)] . وإخراج ما لا يصلح فى الصلاة من الصلاة يكون شرط الصلاة ، كالتطهير من الحَدَث .

يبينه أنه إذا كان لا يصلح فى الصلاة بالنص يكون منافياً للصلاة لعينه فمتى وُجِدَ سواء كان عامداً أو ناسياً تبطل به الصلاة بمنزلة الحَدَث سواء .

قالوا : وأما الأكل ناسياً فى الصوم فإنما لم يبطل به الصوم بالنص فهو حكم ثبت بالنص غير معقول المعنى فلا يُقاس عليه غيره ، ولأنه لو أكل ناسياً فى الصلاة تبطل به الصلاة ، كذلك الكلام ، لأن كل واحد منهما فعل غير صالح فى الصلاة .

قالوا : وليس يدخل على ما قلنا إذا سلّم فى الصلاة ناسياً ، لأن جنسه مشروع فى الصلاة فلم يكن مبطلاً للصلاة بعينه بل بقصد الخروج ، فإذا وُجِدَ لا فى حين الخروج بطل قصده ، ونفى مجرد السلام وهو بعينه غير قادح فى الصلاة وأما الكلام فإنه مفسد للصلاة بعينه على ما سبق .

---

(١) معاوية بن الحكم السلمى صحابى نزل المدينة ، روى له مسلم وأبو داود والنسائى والبخارى فى جزء القراءة . انظر التقريب ص ٣٤١

(٢) رواه مسلم فى صحيحه : ٥/ ٢٠ مع النووى فى باب تحريم الكلام فى الصلاة ونسخ ما كان من إباحته .

وأبو داود فى سننه : ١/ ٥٧١ مع المعالم فى باب تشميت العاطس

والنسائى فى سننه : ١٤/٣ ، فى باب الكلام فى الصلاة .

والإمام أحمد فى مسنده : ٤٤٧/٥ ، ٤٤٨

الجواب :

أما قولهم : « إن إخلاء الصلاة من الكلام شرط الصلاة » .

قلنا : قد بيَّنا أنه محظور الصلاة ، ودللّنا عليه .

أما الخبر فإنه قد أخبر من أنه لا يصلح فى الصلاة ، ويجوز أن يكون المعنى لا يصلح للحظرية .

يبينه أن جنس الكلام مشروع فى الصلاة ، ولو كان مبطلاً للصلاة لعينه لم يشرع جنسه كالحَدَث ، فدل أنه مبطل للصلاة لمعنى ارتكاب المحظور ، وهذا لا يوجد فى حال النسيان ، وخرج على هذا الحَدَث فإنه منافى للطهارة لعينه ثم إذا ارتفعت الطهارة فات شرط الصلاة فلم تجز الصلاة .

فإن قالوا : لا عمل للنسيان الا فى رفع الحَرَج ففيما وراءه يُجعل بمنزلة العدم . قلنا : هذا دعوى بلا دليل بل عمل النسيان إزالة الحظر ، فإذا زال الحظر كان الحكم على ما قدَّمنا ، ويبطل هذا الكلام أيضاً بما لو أكل ناسياً فى الصوم فإنه قد عمل النسيان فيما وراء رفع الإثم حين لم يبطل به الصوم .

وأما الذى قالوا : « إنه بالنص غير معقول المعنى » .

قلنا : قد ذكرنا معنى صحيحاً يمكن التعويل عليه فلا يُترك له .

وأما إذا أكل ناسياً فى الصلاة فلا نسلمه بل نقول : إذا أكل ناسياً وإن كان فى الصلاة لا تبطل صلاته كما لو تكلم ، اللّهم إلا أن يكثر الأكل حتى يخرج به عن هيئات المصلين ، وكذلك إذا أكثر الكلام فى مسألتنا فدل أنه يبطل الصلاة أيضاً ، لما ذكرنا .

أما إذا سلَّم ناسياً فهو لازم ، وعذره ضعيف ، لأن السلام الذى يخرج به عن الصلاة هو ما كان خطاباً لقوم حاضرين ، وهذا غير مشروع جنسه فى الصلاة بحال .

وعلى أنَّا قد بيَّنا أن مسألتنا قد شرع جنس الكلام فى الصلاة ، فتستوى الصورتان بلا فرق .. واللّه تعالى أعلم بالصواب .

* * *

/ (مسألة)

المرتد إذا عاد إلى الإسلام يلزمه قضاء ما ترك من الصلاة عندنا فى حال الرِدَّة [١] .

وعندهم : لا يلزمه [٢] .

وكذلك ما كان عليه من واجبات للّه تعالى ، وفى ذمته قبل الرِدَّة فإذا ارتد ثم أسلم فهى عليه كما كانت [٣] .

وعندهم : تسقط كلها [٤] .

وعلى هذا الأصل إذا ارتد وقد حج أو صلى الظهر فى أول الوقت ثم عاد إلى الإسلام لم يلزمه أن يحج ويصلى ثانياً [٥] .

---

(١) الأم : ٦١/١ ، المجموع : ٤/٣ ، الوسيط فى المذهب : ٥٥٧/٢ ، روضة الطالبين : ١٩٠/١ ، النكت ورقة ٢٩/ب

وهى رواية عن الإمام أحمد ، انظر : المغنى : ٤٨/٢

وعلى هذه الرواية لا يجب عليه الحج مرة أخرى .

(٢) مختصر الطحاوى ص ٢٩ ، ٢٦١ ، أصول السرخسى : ٧٥/١ ، الاسرار لأبى زيد ورقة ٧٣/ب مراد ملا ، رؤوس المسائل ص ١٦٧ ، كشف الاسرار : ٢٦٥/٤

وهو قول مالك ورواية عن الإمام أحمد ، الإشراف للبغدادى : ٩٦/١ ، المغنى : ٤٨/٢ ، تفسير القرطبى : ٤٠٣/٧

(٣) الأم : ٦١/١

(٤) مختصر الطحاوى ص ٢٦١ ، كشف الاسرار : ٢٦٥/٤

(٥) المجموع : ٦/٣ ، ١١/٧

وعندهم : يلزمه [1] .

وإنما جمعنا بين المسألتين ، وإن اختلفا فى الصورة ، لأنهما يتفقان فى المعنى على ما سيأتى بيانه .

وبناء المسألتين على أن الخطاب بالعبادات وسائر الشرعيات متوجه على الكفار عندنا [2] .

وعندهم : غير متوجه [3] ، وقد ادعوا فقد أهلية العبادات فى الكفار ، ونحن ندعى وجود الأهلية وتوجه الخطاب إلا أنه سقط بعفو من الشرع فى موضع ، ولا يسقط فى موضع بحسب قيام الدليل فهذا محل النزاع .

لنا :

إن الكافر مكلَّف يمكنه التوصل إلى فعل العبادة فيلحقه خطاب العبادة . دليله المسلم ، أما قولنا : « مكلف » فلا إشكال فيه ، والدليل عليه أنه مكلَّف بالإسلام . وأما قولنا : « يمكنه الوصول إلى فعل العبادة » ، فهو أن يسلم ويصلى ، فهذا طريق التوصل فثبت ما ادَّعيناه ، وتحقيقه أن الكافر عبد من العباد وقد خلق اللّه تعالى عباده ليعبدوه على ما نطق به الكتاب ، فكل مَنْ سهل له طريق العبادة بوجه ما ، يلحقه خطاب العبادة لإطلاق الخطاب وشمول الأمر فيكون هو داخلاً فى زمرة المخاطَبين ، ويكون الخطاب المطلق متناولاً إياه . فإن قالوا : إن الكافر لا يمكنه التوصل إلى فعل العبادة ، لأنه إذا أسلم لا يكون كافراً .

---

(1) مختصر الطحاوى ص ٢٦١ ، ٢٦٢ ، رؤوس المسائل ص ٢٤٥

وهو قول مالك ، الاشراف للبغدادى : ٩٧/١ ، تفسير القرطبى : ٤٨/٣

(2) وهو قول المالكية ، تفسير القرطبى : ١٢/٦ ، أحكام القرآن لابن العربى : ٥١٤/١ وهو قول اصحاب أبى حنيفة العراقيين ، كشف الاسرار : ٢٤٣/٤

(3) كشف الاسرار : ٢٤٣/٤ ، أصول السرخسى : ٧٥/١ ، الاسرار ورقة ٧٤/ أ مراد ملا .

قلنا : هذا ليس بشئ ، لأن الخطاب متناول ذات المخاطَب ، والإسلام والكفر صفتان له فهو وإن أسلم فذاته واحد ، وقد اتصل بذاته إلى فعل ما خوطب به فيكون المخاطَب هو المتوصل إلى فعل خوطب به فى الموضعين وإن بدل وصفه بوصف . وهذا مثل الجُنُب يخاطب بالصلاة ، فإن طريق توصله إلى فعل الصلاة بالإغتسال ، وإذا اغتسل لم يكن جُنُباً ثم هذا لا يدل على أن الخطاب لا يتناوله ، وكان طريق تحقيق توجه الخطاب مع تبدل وصفه بوصف الإغتسال هو ما بينّا . كذلك ها هنا .

وإذا ثبت ما بيّنا من توجه الخطاب عليهم فنقول :

المرتد مخاطَب بالصلوات فى حال الرِدَّة ولم يوجد عفو من الشرع فى حقه، فإذا أسلم يلزمه قضاء ما فات .

وكذلك نقول فى الكافر الأصلى أنه مأمور بالعبادات إلا أنه إذا أسلم سقط عنه بعفو الشرع ، وذلك بقوله تعالى : ﴿ قل للذين كفروا إن ينتهوا يُغفر لهم ما قد سلف ﴾ [1] . وأجمع أهل العلم أن هذا الخطاب للكفار الأصليين [2] .

وهذا لأن الكافر الأصلى عارف بدينه غير عارف بدين الإسلام وقد ادَّعى من دينه الذى عرفه وتعوّده ورأى فيه نجاته ومصلحته ثم دُعِيَ إلى دين لم يعرف ما يشتمل عليه فاحتاج إلى نوع ترغيب والطاف لينزع عما كان عليه ، ويرغب فيما لم يكن عليه ، ومن اللطف المرغّب فى حقه هو عفو الشرع عنه بعد قبول الإسلام عما سَلَف منه ، فهذا نوع لطف من اللّه تعالى مع الكفار ليرغبوا فى الإسلام ولا ينفروا عنه وهو كسائر ألطافه الخفية الغزيرة .

---

(١) سورة الأنفال : آية (٣٨) .

(٢) تفسير القرطبى : ٧ /٤٠٢ ، ٤٠٣ .

فأما المرتد فقد كان عرف الإسلام ، وعرف ما يشتمل عليه ثم انه ترك الإسلام وعاد إلى رأس كفره ، فكانت الحاجة إلى تشديد الأمر عليه ، فيرد أولاً إلى الإسلام شاء أم أبى من غير إمهال وتثبت ، ثم لا يعفى عن شئ من الواجبات المتوجهة عليه بل يؤمر بقضائها ولا يُحابَى ولا يُساهَل فى شئ منها ، فإنه قد حصل استعمال اللطف فى حقه إبتداءً حتى قبل الإسلام ابتداءً ، فلما لم ينفع اللطف ، وقد عاد إلى رأس أمره كانت الحكمة فى استعمال العنف والتشديد فى حقه ، وذلك باستمرار الخطاب عليه ثم بالمؤاخذة بفعل ما يتوجه عليه شاء أو أبى فيحصل بهذا تأديبه وتعريكه ، ويحصل بها أيضا زجر سائر المسلمين عن ارتكاب مثل فعله فهذا هو المعنى المفرق بين الصورتين وهذه حكمة لطيفة من حكم الشئ لا يقع عليه إلا مَنْ أمده الله تعالى بنور من عنده .

٢٨/أ وإذا عُرِفَ هذا الأصل فعلى / هذا يخرج غيره من المسائل وهو بقاء الواجبات عليه وكذلك بقاء العبادات له ، فإن خطاب العبادات إذا استمر فى حقه بعد الرِدَّة بقيت الواجبات فى ذمته ، وبقى الحج الذى فعله ، والصلوات التى فعلها له مثل ما بقى لسائر المسلمين فلم يؤمر بفعلها ثانياً .

وأما حجتهم :

قالوا : الكافر ليس من أهل العبادة فلا يخاطب بالعبادة دليله البهيمة ، وإنما قلنا : « إنه ليس من أهل العبادة » لأن العبادة معنى شرعى يعرف بموجبه وهو الثواب ، والثواب هو الجنة ، والكافر ليس من أهل الثواب ، فلا يكون من أهل العبادة [١] ، وهذا كالنكاح معقود للحل ، والبيع للمِلك ثم مَنْ لا يكون من أهل الحل لا يكون من أهل النكاح .

---

(١) كشف الاسرار : ٢٤٣/٤

وكذا فى المِلك مع البيع ، وهذا لأن الأمر بالعبادة ليس لمعنى يرجع إلى المعبود ، لأنه تعالى غنى عن جميع الناس ، وإنما الأمر بالعبادة لنفعٍ ، لنفع العبد بالثواب ، فحقيقة العبادة فعل مخصوص يعرف بموجبه وهو الثواب ، ولا ثواب له بحال فلم يكن من أهلها .

قالوا : وهذا بخلاف السكران لأنه من أهل الثواب فإنه مسلم وكذلك الجُنُب والمُحْدِث ، فصارت الطهارة شرط الأداء لا شرط الوجوب فلم ينتف الوجوب بتراخى شرط الأداء .

وأما الإسلام فهو شرط الوجوب فإذا عُدِمَ الإسلام عُدِمَ الخطاب بالوجوب .

يبينه : أن الإسلام أصل والصلاة فرع ، ولا يصلح الأصل شرطاً للفرع .

قالوا : ولا يجوز أن يقال إنَّا لو أسقطنا الخطاب عن المرتد لصار الكفر سبباً للتخفيف عنه ، وهذا لا يجوز ، وذلك لأن إسقاط الخطاب بالعبادة عن المرتد ، وسائر الكفار ليس بطريق النظر والمرحمة ، مثل ما يسقط عن الصبيان نظراً لهم ومرحمة ، ولكنَّا نسقط الخطاب بطريق الخزى والتنكيل ، وذلك أنه بكفره ألحق نفسه بالبهائم والخطاب بالعبادة كرامة (فإن الله تعالى أكرم بنى آدم بالتخليق ثم بالتأهيل لحمل الأمانة ثم بالتوفيق لأداء ما حمله ثم بالثواب الموعود) (١) ، فإذا سقط الخطاب عن الكفار بالعبادات ، كان السقوط خزياً له وتنكيلاً له بحكم جنايته بالكفر ، فكأنا ألحقناه بالبهائم بكفره وصرفنا عنه التكريم بالخطاب .

وأما عذاب الآخرة فلا تخفيف عنه لهذا السبب ، لأنَّا لو قلنا لا عقوبة عليه بترك العبادات فالعقوبة متوجهه بتأخيره بترك الإسلام وارتكاب هذا

---

(١) ما بين القوسين نقلا من الاسرار ورقة ٧٤/ب مراد ملا .

الجناية العظيمة وإلحاقه نفسه بالبهائم ، وربما تكون المعاقبة عليه بهذا أشد من المعاقبة بترك الفروع من الشرعيات .

قالوا : وأما الخطاب بأصل الإيمان فمتوجه على الكفار ، لأنه لو أتى به صح ولأنه إذا تَمّ منه يكون فرضاً ، وهو من أهل الثواب ، فاستقام خطابه بالإسلام ، لأنه من أهل موجبه إذا وُجِدَ منه ، وفي مسألتنا لا يستقيم الخطاب بسائر العبادات لما بيّنا أنه ليس من أهل موجبها .

قالوا : وإذا ثبت أنه لا خطاب على الكافر بالعبادات ، قلنا : لا يجب عليه القضاء إذا أسلم ، لأن القضاء ثانى الوجوب ، فإنه إذا لم يكن وجوب فلا قضاء .

وكذلك ما فعله من الحج والصلاة فى أول الوقت يلزمه إذا أسلم أن يفعل ثانياً ، لأنه إذا لم يكن من أهل العبادة ابتداءً لا تبقى له العبادات فصار بعد عوده إلى الإسلام ككافر أصلى أسلم ابتداءً فتلزمه الصلاة عند إدراكه بعض الوقت ويلزمه الحج ، وصار المفعول بمنزلة العدم .

وربما يقولون : إن المسلم إذا ارتد - والعياذ بالله - بطل ما فعله من الإسلام من قبل ، لأن زمان الإسلام لا يقبل التبعيض والتجزئ ، ولو أسلم وخرج لحظة من عمره عن الإسلام لم يصح إسلامه ، فإذاً لم يتبعض ، فإذا ترك الإسلام فى المستقبل بطل ما فعله فى الماضى بمنزلة الصوم فى اليوم الواحد . وإذا بطل الإسلام بطل ما فعله أيضاً فى حال الإسلام ، ولا بد من وجوب الحج عليه ثانياً ، وكذلك الصلاة .

قالوا : وليس كَمَنْ تيمم فى إسلامه ثم ارتد ثم عاد إلى الإسلام حيث يبقى تيممه [1] ، لأنَّا إنما ادعينا ما ادعيناه فى العبادات والتيمم ليس

---

(١) وهذا عند الحنفية ما عدا زفر . انظر الاسرار لأبى زيد ورقة ٢٠/أ مراد ملا .

بعبادة على ما سبق بيانه ، وأما اشتراط النية فيه فلم يكن لأنه عبادة بل كان لما رأينا أن التراب ليس بطهور فى ذاته ، وإنما صار طهوراً بالشرع ، والشرع إنما جعله طهوراً عند إرادة الصلاة به ، فإذا لم يرد لم يكن طهوراً .

وأما ها هنا فإن الصلاة عبادة ، وقد بيَّنا أنه ليس من أهل الخطاب / بالعبادة يبينه: وهو أن العبادة فعل مقرِّب إلى اللّه تعالى فَمَنْ لا يعرف اللّه أو لا يكون من أهل التقريب إلى اللّه تعالى ، كيف يكون محلاً للخطاب بالعبادة ؟

٢٨/ب

وتعلقوا بقوله تعالى : ﴿ ومَنْ يكفر بالإيمان فقد حبط عمله ﴾ [(١)] ، وهذا اللفظ عام فى كل عمل إلا ما يخصه الدليل .

الجواب :

إن قولهم : « إنه ليس من أهل العبادة » . ليس كذلك بل هو من أهل العبادة بفطرته وخلقته ، لأن خُلقَ ليعبد ربه ، ولأنه عبد من العباد ، والعبادة تعبّد فيكون له أهلية العباد .

وقولهم : « إن العبادة للثواب » .

قلنا : قد توجد العبادة بلا ثواب ، بدليل أن النبى عليه السلام قال : « الغيبة تفطر الصائم » [(٢)] ، ومعناه تُلحقَهَ بالمفطر لفقد ثواب الصوم ومع ذلك فإن صومه صحيح ، وكذلك قال اللّه تعالى : ﴿ فويل للمصلين * الذين هم عن صلاتهم ساهون * الذين هم يراؤون ..... ﴾ [(٣)] .

---

(١) سورة المائدة : آية (٥) .

(٢) لم أجده بهذا اللفظ .

(٣) سورة الماعون : آية (٤ - ٦) .

ومعلوم أن المراياة تفوت ثواب الصلاة ، ومع ذلك فإن صلاته صحيحة .

قالوا : فوات الثواب فى هذين الموضعين بحكم مقابلة الوزر بالغيبة والمراياة لثواب الصلاة والصوم ، وإذا تقابلا وتوازيا ، صار الثواب كالعدم ، ولم يكن لأجل فوات أهلية الثواب .

وأما فى مسألتنا كان فوات الثواب لفقد الأهلية فسقط الخطاب .

قلنا : هذا كلام تقولونه فى كثير من المواضع فلا تّعرف صحته ، والتقابل الذى يدّعونه لا يُعرف إلا بوحى ، وقد أخبر النبى عليه السلام أنه لا ثواب للصائم المغتاب ومع ذلك قد صح صومه .

ويمكن أن يقال : إن صحة العبادة ليس من ضرورتها الثواب ، ويجوز أن تصح العبادة من الشخص ولا يُثاب عليه أصلاً ، وهذا كلام طويل ذيله واسع مجاله ، وليس من باب الفقه .

والأصح أن نوافقهم فيما ادّعوه ، لكن نقول : صحة الخطاب بالعبادة بإمكان التوصل ، فإذا أمكن التوصل بوجهٍ ما صح الخطاب .

وهذا لأن خطاب العبادة إذا كان للثواب ، ولم يصح فعلها منه إلا بعد أن صار أهلاً للثواب استقام الخطاب بها ليؤديها بعد أن يأتى بشرط الإسلام ، وهذا كالخطاب بأداء الصلاة فإنه متوجه على الجُنُب ، وكذلك السكران ، ولا يقال : إنه كيف يخاطَب بالأداء مَنْ لا يصح منه الأداء ، ولكن يقال : إنه مخاطب بأداء الصلاة ليؤديها بعد أن يعقل من السكر أو بعد أن يطهر من الجنابة فاستقام الخطاب بالأداء على هذا التقدير .

والحرف أن الثواب لما كان بالفعل ولا فعل إلا بعد الإسلام لم يمنع عدم أهلية الثواب من توجه الخطاب ، وهذا بخلاف البهيمة ، لأن خطابها مستحيل ولا وقت لوجود فعل العبادة منها بحال .

وها هنا ليس فقد الخطاب عندهم لاستحالة الخطاب فإن الخطاب مع الكافر صحيح معقول ، ولكن كان عدم الخطاب عندهم لعدم أهلية الثواب فإذا قدّرنا لفعله تقديم الإسلام زال هذا المعنى ، واستقام الخطاب .

جواب آخر نقول :

وهو أن صحة العبادة بإفادة الخطاب ، وقد أفاد الخطاب مع الكافر . لأنه إذا لم يفد فعلاً يستحق به الثواب أفاد تركاً يستحق عليه العقاب ، وهذا لأن خطاب الفاجر عن الأداء بالأداء مستحيل ، كما أن خطاب غير الأهل مستحيل ، ثم يتوجه خطاب أداء الصلاة على السكران وإن كان عاجزاً عن الأداء ، ولكن توجه الخطاب بالأداء لأنه إن لم يفد فعلاً فقد أفاد تركاً حتى يُعاقَب عليه ، وهم يقولون على هذا الخطاب ليس إلا للفعل فلا يجوز تصحيح الخطاب لمعنى يعود إلى ترك الفعل ، وفى السكران الخطاب بالفعل صحيح ، لأنه ليس فيه إلا بآخر الأداء وبآخر الأداء لا يسقط الخطاب بالأداء .

ونحن نقول : إن صحة الخطاب لفائدة ، فأما إذا أفاد الخطاب صح الخطاب وقد أفاد على ما بينّا . وأما السكران ففى غاية اللزوم .

وقولهم : « إنه لم يفت الأداء فى السكران وانما تأخر » .

قلنا : فى حالة السُكر هو مخاطَب بالأداء آخراً يُعاقَب على تركه . ولا يُتصور منه أداء فى هذه الحالة ، ومع ذلك صح الخطاب بالأداء لما بينّا .

وقولهم : « إن الإسلام أصل لا يصلح شرطاً لفرعه » .

قلنا : معنى الشرط ما تقف عليه العبادة فسواء وجد معناه فى الإسلام الذى هو أصل العبادات أو غيره استقام تسميته شرطاً ، ويمكن أن يقال : إن الإسلام أصل فيما يرجع إلى ذاته شرط فيما / يرجع إلى الصلاة المؤداة بعدها .

والجواب الأول أحسن وأجرى فى المعانى .

وأما قولهم : « إنه إذا ارتد بطل الإسلام الذى وجد منه وصار بمنزلة العدم » .

قلنا : إلحاق الموجود بالمعدوم لابد فيه من دليل قطعى ، وعلى أنه إن جاز أن يقال : إذا ارتد يصير الإسلام الموجود منه بمنزلة المعدوم ، يجوز أن يقال : إنه إذا عاد إلى الإسلام تصير الرِدَّة الموجودة منه بمنزلة المعدوم ، وهذا أحسن ، والشرع عليه أدل ، والإعتقاد له أقبل .

وأما الآية التى تعلّقوا بها فقد قال فى موضع آخر : ﴿ ومَنْ يرتدد منكم عن دينه فيمت وهو كافر فأولئك حبطت أعمالهم ﴾ [(١)] .وذلك الآية المطلقة محمولة على هذه المقيدة ، ويصير عمله بمنزلة الموقوف إن مات على الرِدَّة بطل عمله ، وإن عاد إلى الإسلام بقى له عمله .

وقد قالوا : هذا فى أملاك المرتد أنها موقوفة ان دام على الرِدَّة ، وإن قُتِل أو مات زالت أملاكه من وقت الرِدَّة ، وإن عاد إلى الإسلام جعل ملكه بمنزلة المستمر ولم يزل شئ من أملاكه عن مِلكه [(٢)] ، كذلك هاهنا . واللّه أعلم بالصواب .



(١) سورة البقرة : آية (٢١٧) .

(٢) مختصر القدورى : ٣٥٤/٢ ، ٣٥٥ ، ٣٥٦

(مسألة)

يسجد سجدتى السهو عندنا قبل السلام [١] .

وعندهم : بعد السلام [٢] .

لنا :

حديث الزهرى عن الأعرج [٣] عن عبد الله بن بحينة أن النبى عليه

---

(١) حلية العلماء : ١٥١/٢ ، النكت ورقة ٤٣/ب ، المهذب : ١٢٩/١ ، الأم : ١١٢/١ ، عارضة الأحوذى : ١٨٣/٢

وهو رواية عن الإمام أحمد حكاها أبو الخطاب ، المغنى : ٤١٦/٢ ، وقال مالك : سجود السهو فى النقصان قبل السلام ، وفى الزيادة بعد السلام وهو قول للشافعية حكاه الشيرازى فى المهذب والشاشى فى الحلية وهو رواية عن الامام أحمد حكاها أبو الخطاب .

الإشراف للبغدادى : ٩٨/١ ، الكافى فى فقه أهل المدينة : ٢٢٩/١ ، المهذب : ١٢٩/١ ، حلية العلماء : ١٥٠/٢ ، المغنى : ٤١٦/٢

أما عند الحنابلة : فقال ابن قدامة فى المغنى : « إن السجود كله عند أحمد قبل السلام إلا فى الموضعين اللذين ورد النص بسجودهما بعد السلام وهما إذا سلّم من نقص فى صلاته ، أو تحرى الإمام فبنى على غالب ظنه ، وما عداهما يُسجد له قبل السلام ، نص على هذا فى رواية الأثرم » ا هـ.: المغنى : ٤١٥/٢

وقال فى الإنصاف : « وهذا المذهب فى ذلك كله ، وهو المشهور المعروف عند الأصحاب » ا هـ : ١٥٤/٢ ، عارضة الأحوذى : ١٨٣/٢

(٢) مختصر الطحاوى ص ٣٠ ، المبسوط : ٢١٩/١ ، رؤوس المسائل ص ١٦٩ ، عارضة الأحوذى : ١٨٣/٢ ، شرح معانى الآثار : ٤٤٣/١ ، بدائع الصنائع : ١٦٠/١ .

(٣) عبد الرحمن بن هرمز الأعرج أبو داود المدنى مولى ربيعة بن الحارث ، ثقة ثبت عالم ، من الثالثة ، مات سنة ١١٧ هـ ، روى له الجماعة . انظر : التقريب ص ٢١١

السلام قام فى صلاة الظهر وعليه جلوس ، فلما أتم صلاته سجد سجدة [(١)] السهو فكبَّر فى كل سجدة وهو جالس قبل أن يُسلِّم ، وسجدهما الناس معه مكان ما نسى من الجلوس [(٢)] قال : « وفى الباب عن عبد الرحمن بن عوف » [(٣)] .

وروى أبو سعيد الخدرى ان النبى عليه السلام قال : « إذا شك أحدكم فلم يدر أثلاثاً صلَّى أم أربعاً فليطرح الشك وليبن على ما استيقن ثم يسجد سجدتين قبل أن يُسلِّم » [(٤)] .

---

(١) فى سنن الترمذى : « سجدتين » .

(٢) رواه الترمذى فى سننه : ١٨٢/٢ مع عارضة الأحوذى فى باب ما جاء فى سجدتى السهو قبل التسليم .

والبخارى فى صحيحه : ٩٩/٣ مع الفتح فى باب مَنْ يُكبِّر فى سجدتى السهو .

ومسلم فى صحيحه : ٥٩/٥ مع النووى فى باب السهو فى الصلاة والسجود له . وأبو داود فى سننه : ٦٢٦/١ مع المعالم فى باب مَنْ قام من ثنتين ولم يتشهد .

والنسائى فى سننه : ١٩٤/٢ ، ١٩٥ ، ١٧/٣ ، ٢٩ فى باب التكبير فى سجدتى السهو .

وابن ماجه فى سننه : ٣٨١/١ فى باب ما جاء فى مَنْ قام من اثنين ساهياً .

والدارمى فى سننه : ٣٥٢/١ ، ٣٥٣

والامام مالك فى الموطأ : ١٧٨/١ مع المنتقى فى باب مَنْ قام بعد الإتمام أو فى ركعتين .

والدارقطنى فى سننه : ٣٧٧/١

والطحاوى فى شرح معانى الآثار : ٤٣٨/١

(٣) قاله الترمذى فى سننه : ١٨٢/٢ مع العارضة .

وقد روى حديث عبد الرحمن بن عوف أيضاً ابن ماجه فى سننه : ٣٨١/١ ، ٣٨٢

والامام أحمد فى مسنده ك:١/. ١٩ ، ١٩٣

(٤) رواه مسلم فى صحيحه : ٥/. ٦ مع النووى فى باب السهو فى الصلاة والسجود له .

وأبو داود فى سننه : ٦٢١/١ ، ٦٢٢ مع المعالم فى باب إذا شك فى الثنتين والثلاث ..

وابن ماجه فى سننه : ٣٨٢/١ ، فى باب ما جاء فى مَنْ شك فى صلاته فرجع إلى اليقين .

والنسائى فى سننه : ٢٢/٣ ، ٢٣ ، فى باب إتمام المصلى على ما ذكر إذا شك .

والدارمى فى سننه : ٣٥١/١

والإمام مالك فى الموطأ : ١٧٦/١ مع المنتقى ، مرسلاً عن عطاء بن يسار فى باب إتمام المصلى ما ذكر إذا شك .

والإمام أحمد فى المسند : ٧٢/٣ ، ٨٣ ، ٨٤ ، ٨٧

ولهم فى المسألة من حيث الأخبار :

حديث شعبة عن الحكم [١] عن إبراهيم عن علقمة عن عبد اللّٰه أن النبى عليه السلام صلّى الظهر خمساً فقيل له : أزيد فى الصلاة ؟ فسجد سجدتين بعد ما سلّم » [٢] .

وروى أيضاً ابن مسعود أن النبى عليه السلام قال : « إذا شك أحدكم فلم يدر أثلاثاً صلّى أم أربعاً فليتحرى أقرب ذلك إلى الصواب ثم ليتم عليه ثم يُسلّم ثم يسجد سجدتين » [٣] .

---

(١) الحكم بن عتبة أبو محمد الكندى الكوفى ، ثقة ثبت فقيه إلا أنه ربما دلس من الخامسة ، مات سنة ١١٣ هـ ، وله نيف وستون .

روى له الجماعة ، انظر : التقريب ص ٨٠ .

(٢) رواه البخارى فى صحيحة : ٥٠٣/١ ، ٥٠٤ ، ٩٣/٣ ، مع الفتح فى باب التوجه إلى القِبلة حيث كان ، وفى كتاب السهو .

ومسلم فى صحيحه : ٦٤/٥ ، ٦٥ مع النووى فى باب السهو فى الصلاة والسجود له .

وأبو داود فى سننه : ٦١٩/١ مع المعالم فى باب إذا صلى خمساً .

والنسائى فى سننه : ٢٣/٣ فى باب التحرى من كتاب السهو .

وابن ماجه فى سننه : ٣٨٣/١ فى باب ما جاء فى مَنْ شك فى صلاته فتحرى الصواب .

والامام أحمد فى مسنده : ٣٧٩/١ ، ٤٣٨

والدارقطنى فى سننه : ٣٧٥/١

(٣) رواه مسلم فى صحيحه : ٦١/٥ ، ٦٢ فى باب السهو فى الصلاة والسجود له .

وأبو داود فى سننه : ٦٢٠/١ فى باب إذا صلى خمساً .

والإمام أحمد فى مسنده : ٤٢٩/١

والدارقطنى فى سننه : ٣٧٦/١

ويدل عليه حديث ابن سيرين عن أبى هريرة أن النبى عليه السلام سجدهما بعد السلام [١] ، وهذا فى حديث ذى اليدين [٢] .

ونحن نقول : إن أخبارنا أولى ، لأنها ناسخة لغيرها من الأخبار فإنه روى عن الزهرى قال : كان آخر الأمرين من النبى عليه السلام فعل سجدتى السهو قبل السلام [٣] .

وروى يحيى [٤] بن أبى كثير عن محمد [٥] بن إبراهيم أن أبا هريرة ،

---

(١) ، (٢) رواه الدارقطنى فى سننه : ١/ ٣٧ ، ٣٧١ ، والترمذى فى سننه : ١٨٥/٢ مع العارضة . وقد سبق تخريجه فلينظر .

(٣) قال الخطابى فى معالم السنن : « روى عن الزهرى أنه قال : « كل قد فعل رسول الله ﷺ إلا أن تقديم السجود قبل السلام آخر الأمرين » ا هـ : ٦٢٧/١

وذكره البيهقى فى سننه وقال : إن قول الزهرى منقطع ولم يسنده إلى أحد من الصحابة ، ومطرف ابن مازن غير قوى ....

ولكن المشهور عن الزهرى من فتواه سجود السهو قبل السلام » : السنن : ٣٤١/٢

وذكره الحازمى فى الإعتبار ص ١١٧ من طريق الشافعى عنه ، وقال : « وطريق الإنصاف أن نقول : أما حديث الزهرى الذى فيه دلالة على النسخ ففيه انقطاع فلا يقع معارضاً للأحاديث الثابتة، وأما بقية الأحاديث فى السجود قبل السلام وبعد السلام قولاً وفعلاً فهى وإن كانت ثابتة صحيحة ففيها نوع تعارض غير أن تقديم بعضها على بعض غير معلوم برواية موصولة صحيحة ، والأشبه حمل الأحاديث على التوسع وجواز الأمرين ... » ا هـ . وذكر/قول الزهرى الشيرازى فى النكت ورقة ٤٣ / ب .

(٤) يحيى بن أبى كثير الطائى مولاهم أبو نصر اليهامى ، ثقة ثبت ، لكنه يدلس ويرسل ، من الخامسة ، مات سنة ١٣٢ هـ ، روى له الجماعة . التقريب ص ٣٧٨ .

(٥) محمد بن إبراهيم شيخ ليحيى بن أبى كثير لا يُعرف ، وصوّب النسائى أنه التيمى ، روى له النسائى فقط .

انظر : التقريب ص ٢٨٨ ، ٢٨٩

والسائب [1] القارى كانا يسجدان سجدتى السهو قبل السلام [2] .

وأبو هريرة الراوى لخبرهم المشهور المعروف وهو خبر ذى اليدين ، دل أنه إنما خالف ، لأنه عرف أن خبرهم منسوخ [3] .

وقد قال بعض أصحابنا [4] : إن معنى قوله : « بعد السلام » أى بعد التشهد ويجوز أن يسمى التشهد سلاماً لاشتماله على السلام ، مثل الصلاة تسمى قراءة لاشتمالها على القراءة .

والجواب الأول أمثل ، ولأن سجدتى السهو جزء من الصلاة فليس فعله قبل السلام دليله سائر الأجزاء ، ويمكن أن يقال : نسجدة مشروعة لإتمام الصلاة فصارت كالسجدة الأصلية .

وانما قلنا : « لإتمام الصلاة » ، لأنه قائم مقام ما تركه يوجب نقصاناً فى الصلاة فيكون فعله إتماماً لها .

يدل عليه أن ما انجبر به الشئ يصير منه بدليل الحسيات ، فإذا انجبر سجدتى [5] السهو الصلاة صارتا من الصلاة ، ولهذا المعنى حكموا بالعودة إلى الصلاة عند فعل السجدتين فإذا ثبت أنهما من الصلاة أُخِّرَ عنهما السلام مثل ما يُؤخِّر عن سائر أفعال الصلاة .

وأما حجتهم من حيث المعنى :

قالوا : (ما قبل السلام جزء من الصلاة والسهو فيه يوجب سجدتى

---

(١) فى شرح السُنَّة للبغوى : روى محمد بن ابراهيم ان أبا هريرة وأبا السائب القارئ : ٣/٢٨٥

(٢) ذكره البغوى فى شرح السُنَّة : ٣/٢٨٥

(٣) انظر حاشية رقم (٣) من الصفحة السابقة .

(٤) يقصد الشيرازى فى النكت ورقة ٤٣/ب .

(٥) كذا فى المخطوط ولعل الصواب : « سجدتا » .

السهو لولا السهو الأول فوجب سجود سجدتى السهو عنه دليله ما قبله .

وهذا لأن سجدتى السهو يجبان بالسهو فأُخِّرتا عن موضعها ، لأنَّا لا نأمن سهواً آخر بعده فيلزمه مرة أخرى ، والموجود يجبر ما قبله لا ما بعده والشرع لم يأت بالتكرار فأُخِّرتا سجدتى السهو ليجبر بهما كل سهو فى الصلاة وذلك لا يحصل إلا بالتأخير عن السلام) [1] .

٢٩/ب فصار الحرف / لهم أن كل جزء يتصور فيه السهو ووجب سجدتا السهو به يجب تأخير السلام عنه لما بيَّنا ، ولا يدخل على هذا بعد السلام لأنه لاتجب سجدتا السهو بالسهو فى هذه الحالة .

وهذا لأنه لا سهو بعد السلام حقيقة ، فإنَّا إذا قدَّرنا أنه لا سهو قبله ولا يكون فى الصلاة أصلاً ، ومع السهو الأول يكون البقاء فى الصلاة بسبب السهو لا غير حتى لولاه لكان خارجاً من الصلاة فيكون السهو الثانى إذا قدَّرنا وجوده بعد السلام حاصلاً فيما هو جبراً لصلاة على التمحص ولا يجب جبر آخر لأنه سهو شُرِعَ لجبر الصلاة لا لجبر جبر الصلاة .

قالوا : وقولكم : « إن الجبر شرع فى الصلاة » .

(فعندنا حرمة الصلاة لا تنقطع بالسلام ولا يسجد إلا وهو فى الصلاة وإنما قدَّمنا السلام ليمتاز الجبر عن نفس الصلاة) [2] .

الجواب :

إن قولهم : « إن ما قبل السلام جزء من الصلاة » على ما زعموا .

قلنا : ما قبل السلام هو زمان فعل سجدتى السهو ، وزمان فعل

---

(١) ما بين القوسين نقلاً من الاسرار : ١/٤٢/ب مراد ملا .

(٢) ما بين القوسين نقلاً من الاسرار ١/٤٣/أ مراد ملا .

سجدتى السهو لا يوجب سجود السهو ، وهو كما بعد السلام على أصله ، فإنه عاد إلى الصلاة عندهم ولا يجب سجود السهو بالسهو الحاصل فيه .

فإن قالوا : « يعود إلى حرمة الصلاة لا إلى الصلاة » .

قلنا : مذهبهم هو العود إلى الصلاة ، وعلى أنه لا يعرف حرمة الصلاة بلا صلاة ، نقول فى الفرق بين الجزء الذى قبل السلام وبين سائر الأجزاء : إن فى سائر أجزاء الصلاة يمكن تأخير السجود عنها فأخَّرنا لما ذكروا ، وأما الجزء الذى قبل السلام فلا يمكن تأخير السجود عنه ، لأنه إذا أخَّر سلَّم ، وهذا سلام محلل من الصلاة ، وإذا فُعِلَ فى موضعه فيوجب الخروج منها وبعد الخروج من الصلاة لا يُتصوَّر جبر الصلاة ،ولا يمكن أن يقال إنه يعود إلى الصلاة بالسجود ، لأن الخروج من الصلاة إذا تحقق بالسلام المشروع للتحلل لا يتصور العود إليها إلا بتحريمة جديدة واستئناف الصلاة .

فثبت أن فى سائر الأجزاء يمكن التأخير ، وفى هذا الجزء لا يمكن التأخير لما بيَّنا . وسقط قولهم : « إنه وقت السهو » لأنهم ان قالوا : قبل أن يسجد ، فذاك زمان لا سجود فيه فهو كسائر أزمان الصلاة ، فإن قالوا : بعد أن سجد ، فهو ليس بزمان السهو ، إنما هو زمان سجود السهو ، وزمان سجود السهو لا يكون زمان السهو ، مثل قولهم ذلك فيما بعد السلام ، ثم الدليل على الفرق بين سائر الأجزاء وبين هذا الجزء وعلى الأصلين . أما على أصلنا فظاهر ، وأما على أصلكم فلأنه لو سجد قبيل السلام فإنه يقع به الإعتداد وإن لم يُسَن فعله ، وأما إذا سجد فى سائر أزمان الصلاة قبل هذا الزمان فإنه لا يقع به الإعتداد ، فتبين الفرق بين الحالين ، وسقط ما قالوه جملة » .

* * *

(مسألة)

محاذاة الرجل المرأة فى صلاة الجماعة لا يوجب بطلان صلاة واحد منهما عندنا (١) .

وعندهم : تبطل صلاة الرجل (٢) .

لنا :

إن الرجل متابع وقف فى موقف المتابعة فلا تفسد صلاته .

دليله سائر المتابعين ، يبينه أن نهاية ما فى الباب أنه مسئ فى موقفه بجنب المرأة ، والإساءة فى الموقف لا توجب بطلان الصلاة .

دليله إذا انفرد خلف الصف ، ودليله إذا وقف الرجل على يسار الإمام .

ودليل : إذا ترك القوم الإصطفاف فى الصلاة خلف الإمام بأن قام كَلٌّ منفرداً أو قاموا بجنب الإمام صفاً (٣) .

---

(١) الأم : ١/١٥٠ ، ١٥١ ، المهذب : ١/١٤٠ ، النكت ورقة ٥٢/أ ، حلية العلماء : ١٨١/٢ ، المجموع : ٢١٤/٣

قال النووى فى المجموع : « صلاة المرأة قدّام رجل وبجنبه مكروهة وتصح صلاتها وصلاة المأمومين الذين تقدّمت عليهم أو حاذتهم عندنا وعند الجمهور » ا . هـ : المجموع : ١٧٣/٤

وهو قول الحنابلة ، المغنى : ٤١/٣

(٢) رؤوس المسائل ص ١٤٩ ، مختصر القدورى : ٧٨/١ ، الهداية مع فتح القدير : ١/٣٦٠ ، الاسرار لأبى زيد : ١/٥٢/أ مراد ملا ، المبسوط : ١٨٣/١ ، بدائع الصنائع : ٤٣١/١ ، تأسيس النظر ص ١٠٧ ، ١٤١ ، مختلف الرواية ورقة ٢٨/ب .

(٣) النكت ورقة ٥٢/أ .

والحرف أنه لا مفسد لصلاة الرجل ، والإفساد بغير مفسد محال .

أما حجتهم :

قالوا : إن الرجل ترك فرضاً عليه فى الموقف فلم تجز صلاته .

دليله : إذا تقدم على الإمام ، وانما قلنا : « ترك فرضاً عليه فى الموقف » لأنه فرض عليه تأخير المرأة عن موقفه [1] ، لقوله عليه السلام « أخِّروهنَّ من حيث أخَّرهنَّ اللّه » [2] . وكلمة « حيث » للمكان ، والأمر للوجوب ولا ترتيب يجب .. [3] .. المكان بين الرجل والمرأة سوى مكان الصلاة .

ولأن النبى عليه السلام قال : « خير صفوف الرجال أولها وشرها آخرها ، وخير صفوف النساء آخرها وشرها أولها » [4] .

---

(١) مختلف الرواية ورقة ٢٨/ب .

(٢) رواه عبد الرزاق فى مصنفه موقوفاً على ابن مسعود : ١٤٩/٣

وقال ابن حجر فى الفتح : « ورواه عبد الرزاق بإسناد صحيح عن ابن مسعود » : الفتح ١/ . . ٤ فى باب كيف بدأ الحيض .

وقد استدل به الدبوسى فى إسراره ٤٨/١/ أ مراد ملا .

(٣) فى المخطوطة كلمة غير واضحة .

فى الأسرار العبارة هكذا : « وحيث » عبارة عن المكان ولا مكان يجب تأخيرهن عنه إلا مكان الصلاة » ا هـ : ٤٨/١/أ مراد ملا .

(٤) رواه مسلم فى صحيحه : ١٥٩/٤ مع النووى فى باب تسوية الصفوف .

وأبو داود فى سننه : ٤٣٨/١ مع المعالم فى باب صف النساء وكراهية التأخر .

والترمذى فى سننه : ٢٣/٢ ، ٢٤ مع العارضة فى باب ما جاء فى الصف الأول .

والنسائى فى سننه : ٧٣/٢ فى باب ذكر خير صفوف النساء وشر صفوف الرجال .

وابن ماجه فى سننه : ٣١٩/١ فى باب صفوف النساء .

والدارمى فى سننه : ٢٩١/١

والامام أحمد فى المسند : ٢٤٧/٢ ، ٣٣٦ ، . ٣٤ ، ٣٦٧ ، ١٦/٣ ، ٢٩٣ ، ٣٣١

والإحتراز من الشر واجب يدل عليه الحديث الصحيح : أن النبى عليه السلام « صلى فأقام أنس وراءه واليتيم وراءه وأقام أم سليم وراءهما » (١) .

٣/أ وإنما قدَّم الصبى وأخَّر العجوز .... (٢) / كراهية الإنفراد خلف الصف، لأنه كان محظوراً وقوفها بجنب الرجل فاختار الكراهية على الحظر ، ولأن النساء أتباع الرجل فى حكم الجماعة ، ولهذا لا تجوز إمامتها بحال ، فورد الشرع بالترتيب مكاناً بين التبع والمتبوع ، كما ورد بين الإمام والمؤتم ، ثم لو ترك المؤتم مكانه بأن تقدَّم على إمامه فسدت صلاته ، كذلك إذا ترك الترتيب هاهنا أيضاً .

وإنما اختص الرجل بفساد صلاته ، لأنه هو المخاطب بهذا الترتيب لما بيَّنا من الخبر ، ولأن الرجال هم القوَّامون بإقامة الجماعات وتسوية الصفوف، وإذا كان الخطاب للرجال دون النساء اختص الفساد بصلاة الرجل.

قالوا : وإنما اعتبر تقديم المؤتم على إمامه لتفسد صلاته ، وفَسَدَ فى مسألتنا بمجرد المحاذاة ، لأن المواقف ثلاثة قدَّام ، وخلف وحذاء ، فقدَّام موقف المتبوع ، وخلف موقف التبع ، وحذاء وسط بين موقف المتبوع

---

(١) رواه مسلم فى صحيحه : ١٦٢/٥ ، ١٦٣ مع النووى فى باب جواز الجماعة فى النافلة .

وأبو داود فى سننه : ٤٠٧/١ مع المعالم فى باب الرجلين يؤم أحدهما صاحبه كيف يقومان .

والنسائى فى سننه : ٦٧/٢ ، ٦٨ ، فى باب موقف الإمام .

وابن ماجه فى سننه : ٣١٢/١ فى باب الاثنان جماعة .

والإمام أحمد فى المسند : ٢١٥/١ ، ٢٥٢ ، ٢٨٤ ، ٢٨٥ ، ٢٨٧ ، ٣٤١ ، ٣٤٧ ، ٣٥٤ ، ٣٥٧ ، ٣٦٠ ، ٣٦٤ ، ٣٦٥ ، ٢٤٢/٣ ، ٢٥٨ .

(٢) كلمة غير واضحة فى المخطوط .

وموقف التبع ، فإذا كان مؤتماً وقف بجنب الإمام وهو موقف متمثل بين الجانبين فرجحنا موقف الخلف على موقف القدّام فى حقه بفعله المتابعة وهو فعل التتابع ، ولم يكن فى مسألتنا مثل هذا المرجح إذا وقف الرجل بجنب المرأة فاعتبرنا معنى آخر ، وهو معنى الإحتياط للعبادة فإن الأصل ألا صلاة وإنما توجد الصلاة لموقفٍ بترتيبٍ ولم يوجد فبطل أصل الصلاة .

قالوا : وليس يلزم صلاة الجنازة ، لأنَّا إنما ادّعينا ثبوت هذا الترتيب فى كل صلاة ورد للنساء فيها موقف بالشرع ، وإنما ورد فى الصلوات الخمسة .

فأما فى صلاة الجنازة فلا ، لأن النبى عليه السلام قال لنسوة وقد رآهن فى جنازة : « ارجعن مأزورات غير مأجورات » [١] ، فلم يأمرهن بالصلاة وأمرهن بالرجوع ، دل أنه لا موقف لهن فيها .

واعتذر أبو زيد [٢] عن صلاة الجنازة بشبه الصلوات الخمسة من وجه ، لأنها صلاة فى الجملة ، وبشبه سجود التلاوة من وجه ، لأنها ركن واحد وهو القيام مثل سجود التلاوة وهو ركن واحد وهو السجود ، والمرأة تصلح إماماً فى سجود التلاوة ، مثل ما لو قرأت فسجدت سجد القوم السامعون معها ، والثانى بمنزلة الإمام للسامعين ، فَلَمّا أن صلاة الجنازة تشبه الصلوات الخمسة .

قلنا : إنها لا تصلح إماماً فيها ، وَلَمّا أنها تشبه سجود التلاوة .

قلنا : إذا وقفت المرأة بجنب الرجل لم تفسد عليه صلاته فهذا منتهى ما قالوا فى هذه المسألة .

---

(١) رواه ابن ماجه فى سننه : ١/٣٠٥ فى باب ما جاء فى إتباع النساء الجنائز وفى إسناده دينار أبى عمر أو ابن عمر .

(٢) انظر : الاسرار ١/٥٣/أ مراد ملا .

الجواب :

إن كلامهم ينبنى على أن تأخير المرأة عن مقام الرجل فى الصلاة واجب على الرجال ، وهذا لا نسلمه بل هو عندنا سُنَّة .

لأن الرجال إنما قُدِّموا على النساء لفضلهم ، والنساء إنما أُخِّرن لنقصانهن فليس فى ترك هذا إلا ترك تأخير فاضل وتقديم ناقص أو تسوية بين فاضل وناقص فى الموقف وهذا غاية ما فيه الكراهة ولا يتعدى إلى التحريم والحظرية بدليل قوله عليه السلام : « ليلينى منكم ذوو الأحلام والنُّهى » [1] .

وإنما قدَّمهم لفضلهم وأُخِّرَ غيرهم لنقصانهم ثم كان هذا أمراً مستحباً [2] لا حتماً واجباً ، كذلك هاهنا .

وأما تقدم المأموم فإنما لم يجز ، لأنه لم يقف موقف المأموم المتبع .

وفى مسألتنا قد وقف كل واحد منهما موقف المأموم المتبع لإمامه فلا معنى لمنع الجواز .

وقولهم : « إن النساء تبع الرجال » .

قلنا : هذا غير مستنكر ، ولكن على معنى أنه لا يجوز إمامتهن

---

(١) رواه مسلم فى صحيحه : ١٥٤/٤ ، ١٥٥ مع النووى فى باب تسوية الصفوف .

وأبو داود فى سننه : ٤٣٦/١ مع المعالم فى باب مَنْ يستحب أن يلى الإمام .

والترمذى فى سننه : ٢٦/٢ مع العارضة فى باب ما جاء : ليلينى منكم أولوا الأحلام ...

والنسائى فى سننه : ٦٨/٢ فى باب مَنْ يلى الإمام ثم الذى يليه .

وابن ماجه فى سننه : ٣١٢/١ ، ٣١٣ فى باب مَنْ يستحب أن يلى الإمام .

والدارمى فى سننه : ٢٩٠/١ .

والإمام أحمد فى المسند : ٤٥٧/١٥ ، ١٢٢/٤

(٢) فى المخطوط : « مستحيلاً » وهو خطأ .

للرجال والمشروع إمامة الرجال لهن وقد قمنا بهذا الواجب حيث قلنا إنه لاتجوز إمامتهن للرجال بحال .

فأما فى مسألتنا فان المرأة قامت مقام الإتباع ، لأنها إن قامت بجنب واحد من المؤتمين فهذا لا يذهب تبعية المأموم للإمام وهو رجل ، وإن قامت بجنب الإمام فهى متابعة للرجل بفعل الصلاة ولا تذهب تبعيتها أيضاً .

وأما كونهن أتباعاً للرجال الذين هم أتباع الإمام ، والتبع لا تبع له إلا أنه كره لهن الوقوف مع الرجال على المساواة لفضل الرجال ونقصان النساء فهذا لا يوجب فساد الصلاة لو ترك ، بدليل ما ذكرنا من ذوى الأحلام والسفهاء والنُّهى .

أما قولهم : « أنه لا يجوز إمامتهن » .

قلنا : هذا لا يدل على أنها إذا وقفت بجنب الرجل فسدت صلاته بدليل أن / إمامة المرأة فى صلاة الجنازة لا تجوز . ٣٠/ب

ولو وقفت بجنب الرجل لا تفسد صلاته ، ثم إنها لم تجز لأنها ناقصة الدين والصلاة ركن الدين ، والجماعة لإحراز الثواب والفضيلة فلم يجز إحراز الثواب والفضيلة فى الدين من ناقصة الدين ، وبيان نقصان الدين بنص رسول الله ﷺ .

وإن ألزموا العبد والصبى فلا نقصان ديناً هناك ، وهاهنا ثابت بالنص ، ولا بد من اعتقاد وجوده عقلنا معناه أو لم نعقل .

وأما عذرهم عن صلاة الجنازة ففى غاية الضعف ، لأن النساء لهن من الحظ فى صلاة الجنازة ما لهن ذلك فى سائر الصلوات .

ألا ترى أنه يجوز لهن فعلها مع الرجال مثل ما يجوز فى سائر الصلوات .

والخبر محمول على أنهن كن حضرن لا للصلاة ، وعلى أنه إذا لم يكن لهن نصيب فى صلاة الجنازة ، فيكون الفساد بالمحاذاة أولى منه إذا كان لهن نصيب .

وأما الذى قاله أبو زيد أنه يشبه كذا وكذا فهذا عذر عاجز ملتزم للمناقضة ، لأنَّا نعلم قطعاً انه لا إمامة ولا جماعة فى سجود التلاوة . والله أعلم .

* * *

(مسألة)

إذا صلى الرجل بقوم ثم أخبر أنه كان جُنُباً أو محدثاً لزمته إعادة الصلاة [1] .

وأما القوم فقد مضت صلاتهم على الصحة ولا إعادة عليهم عندنا .

وعندهم : عليهم الإعادة [2] .

لنا :

حديث ابن [3] أبي عروبة عن قتادة عن أنس قال : : « دخل رسول الله ﷺ في صلاته وكبَّر وكبَّرنا معه ثم أشار الى القوم : كما أنتم ، فلم نزل قياماً حتى أتى نبي الله عليه السلام قد اغتسل ورأسه يقطر ماءً »[4] .

---

(١) قال البغدادي في إشرافه : « أما صلاته في نفسه فإنها باطلة على كل وجه بلا خلاف » .

الاشراف : ١٠١/١ ، وذكر الإجماع على ذلك النووي في المجموع : ١٤٣/٤ ، وإنما الخلاف في صلاة المأمومين الذين خلفه .

الأم : ١٤٨/١ ، المجموع : ١٤٠/٤ ، النكت ورقة ٤٩/ أ .

وهو قول الحنابلة . المغني : ٥٠٤/٢ .

أما عند المالكية فقال البغدادي : « إذا كان عامداً فصلاتهم باطلة علموا أو لم يعلموا ، وإن كان ناسياً فصلاة مَنْ علم منهم باطلة ، ومَنْ لم يعلم به فصلاته ماضية » : الاشراف : ١٠١/١

(٢) قال الطحاوي : « ومَنْ صلى بالناس جُنُباً أعاد ، وأعادوا » اهـ .

مختصر الطحاوي ص ٣١ ، مختصر القدوري : ٨٠/١ ، رؤوس المسائل : ص ١٧ .

(٣) سعيد بن أبي عروبة مهران اليشكري مولاهم أبو النضر البصري ، ثقة حافظ له تصانيف لكنه كثير التدليس ، واختلط ، وكان من أثبت الناس في قتادة ، من السادسة ، مات سنة ١٥٦ هـ .

روى له الجماعة : التقريب ص ١٢٤

(٤) رواه الدارقطني في سننه : ٣٦٢/١

وروى [١] ثوبان عن أبى هريرة قريباً من هذا وفيه : « ثم خرج ورأسه يقطر ماءً فصلّى بهم ، فلما انصرف قال : « إنى كنتُ جُنباً فنسيتُ أن أغتسل » [٢] .

وروى جويبر [٣] عن الضحاك [٤] عن البراء بن عازب قال : « صلّى بنا رسول الله ﷺ وليس هو على وضوء فتمت للقوم وأعاد النبى عليه السلام » [٥] .

وأما الذى [*] يروون ان النبى عليه السلام صلّى بالناس وهو جُنُب فأعاد وأعادوا » [٦] .

---

(١) كذا فى المخطوط ، وفى سنن الدارقطنى : « محمد بن عبد الرحمن ابن ثوبان » .

(٢) رواه البخارى فى صحيحه : ٣٨٣/١ مع الفتح فى باب إذا ذكر فى المسجد أنه جُنُب خرج .... ولفظه : « قال : أقيمت الصلاة وعدلت الصفوف قياماً ، فخرج إلينا رسول الله ﷺ فلما قام فى مصلاّة ذكر أنه جنب فقال لنا : « مكانكم » ، ثم رجع فاغتسل ، ثم خرج إلينا ورأسه تقطر ... » .

والدارقطنى فى سننه : ٣٦١/١

والنسائى فى سننه : ٦٤/٢ ، فى باب الإمام يذكر بعد قيامه فى مصلاّه أنه على غير طهارة .

(٣) جويبر بن سعيد – ويقال اسمه جابر وجويبر لقب ، الأزدى أبو القاسم البلخى نزيل الكوفة راوى التفسير ، ضعيف جداً ، من الخامسة ، مات بعد الأربعين ، روى له ابن ماجه والبخارى فى الأدب المفرد ، التقريب ص ٥٨

(٤) الضحاك بن مزاحم الهلال أبو القاسم – أو أبو محمد – الخراسانى ، صدوق كثير الإرسال ، من الخامسة ، مات بعد المائة ، روى له أصحاب السنن الأربعة ، التقريب ص ١٥٥

(٥) رواه الدارقطنى فى سننه : ٣٦٣/١

وقال الزيلعى فى نصب الراية : « الضحاك لم يلق البراء » : ٦٠/٢ .

(*) أدلة المخالفين .

(٦) رواه الداقطنى فى سننه : ٣٦٤/١ ، وعبد الرزاق فى مصنفه : ٣٥/٢ .

فرواه أبو جابر البياضى [١] عن سعيد بن المسيب أن النبى عليه السلام صلّى بالناس ، وأبو جابر البياضى متروك [٢] ثم هو مرسل [٣] .

قالوا : « روى عن علىٍّ رضى اللّٰه عنهأنه صلى بالقوم وهو جُنُب فأعاد ثم أمرهم فأعادوا » [٤] .

قلنا : رواه عمرو [٥] بن خالد عن حبيب بن أبى ثابت عن عاصم [٦] بن ضمرة عن [٧] علىّ .

وعمرو بن خالد أبو خالد الواسطى متروك الحديث ، رماه [٨] أحمد بن حنبل بالكذب [٩] وقد روى ابن [١٠] المنكدر عن الشريد [١١] الثقفى أن

---

(١) أبو جابر البياضى محمد بن عبد الرحمن المدنى عن سعيد بن المسيب وهو الذى يقول فيه الشافعى : مَنْ حدّث عن أبى جابر البياضى بيّض اللّٰه تعالى عينيه ، وقال يحيى بن سعيد : سألت مالكاً عنه فلم يكن يرضاه ، وقال أحمد : منكر الحديث جداً .

انظر : لسان الميزان : ٢٤٤/٥ ، الكامل لابن عدى : ٢١٨٩/٦

(٢ ، ٣) قاله الدارقطنى فى سننه : ٣٦٤/١ ، المجموع للنووى : ١٤١/٤

(٤) رواه الدارقطنى فى سننه : ٣٦٤/١ ، وعبد الرزاق فى مصنفه : ٣٥٠/٢ .

(٥) تقدمت ترجمته . انظر ص ٢٥٩ من التقريب .

(٦) عاصم بن ضمرة السلولى الكوفى ، صدوق ، من الثالثة ، مات سنة ٧٤ هـ . روى له الأربعة . انظر التقريب ص ١٥٩

(٧) فى المخطوط : « على » ، والتصويب من سنن الدارقطنى .

(٨) فى المخطوط : « رواه » والتصويب من سنن الدارقطنى .

(٩) نقله الدارقطنى فى سننه : ٣٦٤/١

(١٠) هو محمد بن المنكدر .

(١١) فى المخطوط : « الشريف » ، والتصويب من سنن الدارقطنى .

الشريد الثقفى صحابى شهد بيعه الرضوان ، قيل كان اسمه مالكاً ، روى له مسلم ، والبخارى فى أفعال العباد ، وأبو داود ، والنسائى ، وابن ماجه ، التقريب ص ١٤٥

عمر صلّى بالناس وهو جُنُب فأعاد ، ولم يأمرهم أن يعيدوا [١] . وكذلك روى الحرث [٢] بن أبى ضرار عن عثمان مثل هذا [٣] ، وعن ابن عمر مثل ذلك [٤] .

ومن حيث المعنى نقول : إن كل واحد من القوم مصلى لنفسه مؤدى فرضه مثل ما لو كان منفرداً وصلاته غير متعلقة بصلاة الإمام فى الجواز والفساد .

لأن الأصل أن الإثنين إذا اجتمعا على أداء فريضة لا يتعلق أداء أحدهما بأداء الآخر بل إن جاز فعل كل واحد منهما بجواز فعله وإن فسد ففساده بفعله ، لأن الفرض عليه على الإنفراد ، ولا يجوز أن يؤاخذ فى فعله بفعل غيره .

وأما الإقتداء فهو مجرد قصد إتباع فى الفعل لتجتمع الجماعة على أداء هذا الفرض فيكون أقرب إلى الخشوع والخضوع ، وأبعد من السهو والغفلة وأدنى من المغفرة والرحمة .

وإذا ثبت هذا الأصل فنقول : نهاية ما فى هذا الباب أنه يظهر أنه قصد إتباع مَنْ ليس فى الصلاة فى أفعال الصلاة ومجرد القصد غير عامل فى إفساد الصلاة ، كما لو قصد الكلام ولم يتكلم أو قصد فعلاً آخر ولم يفعله، فنجعل إقتداؤه به كلا إقتداء ويبقى فرضه مؤدى بأفعاله المفروضة ، وأركانها المعهودة ، لكن يصير كأنه أدّى لا فى جماعة لكن على الإنفراد.

---

(١) رواه الدارقطنى فى سننه : ١/٣٦٤ ، وعبد الرزاق فى مصنفه : ٢/٣٤٨

(٢) كذا فى المخطوط ، وفى سنن الدارقطنى : محمد بن عمرو بن الحارث بن أبى ضرار .

(٣) رواه الدارقطنى فى سننه : ١/٣٦٤

(٤) رواه الدارقطنى فى سننه : ١/٣٦٥ ، وعبد الرزاق فى مصنفه : ٢/٣٤٨

وقد قال الأصحاب فى هذه المسألة إنه لا يمكن الوقوف على طهارة الإمام الا بعرضه للإمامة ، فإن نهاية ما فى الباب أن يتوضأ بمشهد لكن مع هذا يجوز أنه غير متطهر حتى افتتح الصلاة بأن أحدث وأخفاه وإذا تعذر الوقوف على طهارة الإمام إلا بهذا الوجه سقط ما وراءه .

وقال بعضهم : إن خبره عن جنابته وحدثه غير مقبول ، لأنه يحتمل الصدق والكذب ولأنه متهم فى خبره فيجوز أنه قصد به إفساد صلاة القوم.

١/٣١أ وكِلا المعنيين / فاسد ، لأن فى كِلا الطريقتين أن صحة صلاة القوم مبنية على صحة صلاة الإمام ، وإنما لم نأمر القوم بإعادة الصلاة فى مسألتنا ، لأنَّا بينّا أن الإمام صلَّى على طهارة ، والمؤتم قد اعتمد فى معرفة طهارته بغاية ما يمكن الإعتماد عليه وسقط عنه ما وراء ذلك .

وفى الطريق الثانى : أنه لم يصدقه ان كان جُنُباً أو على وضوء . وحملنا الأمر على أنه قد صلَّى بالطهارة .

وينبغى على مذهب الشافعى أن يسلك طريقة يدل على أن الإمام وإن لم تصح صلاته يكون جُنُباً أو محدثاً فإن صلاة القوم صحيحة ، وأن هذا هو مذهبه وأصله وليس يمكن ذلك إلا بالوجه الذى قلنا ، فافهم هذا فإنه خفى على كبار الأصحاب . وأما المخالفون قد زعموا أن صلاة المأموم مرتبطة بصلاة الإمام صحةً وفساداً ، وهذا يأتى فى المسألة الثانية ، وسنبين الكلام عليه . وقد قاسوا على ما إذا ظهر ان الإمام كان كافراً أو امرأة أو علم أن الإمام جُنُب فإنه يجب على المأمومين أن يعيدوا الصلاة ونقضوا قولنا أن كل انسان من القوم مصلى لنفسه بهذه المسائل ، وقد قالوا لو كان الأمر على ما قلتم لم تبطل صلاة المؤتمين فى هذه المسائل .

الجواب :

أما إذا ظهر أن الإمام كان كافراً أو امرأة أو علم أن الإمام جُنُب فإنما بطلت صلاتهم [1] لتفريطهم وتقصيرهم ، فإن الغالب أنه يكون للكافر علامة على الكفر ، وللمرأة هيئة على أنوثتها فيعرفان بذلك حقيقة ، فإذا لم يتعرف وصلّى كان لتقصير وُجِدَ من قبله حتى قالوا فيمن يعتقد الإستسرار بكفره فظهر ذلك من بعد : لا يبطل صلاة القوم .

فإن قلتم : قد يوجد الكافر ولا علامة له ، وكذلك المرأة ولا علامة لها فهذا نادر ولا يُعتبر النادر .

وأما إذا علم أن الإمام جُنُب فإنما بطلت صلاته لبطلان نيته للصلاة ، فإنه إذا علم أن الإمام لاعب فاتباع اللاعب لعب حقيقة [2] ، فبطلت نيته للصلاة بهذا الوجه وفى مسألتنا قد ظن أن الإمام مصلى حقيقة فلم تبطل نيته ، وهو مصلى لنفسه كما بيّنا ، والله تعالى أعلم بالصواب .

* * *

---

(١) النكت ورقة ٤٩/أ .

(٢) النكت ورقة ٤٩/ب .

(مسألة)

يجوز إقتداء المفترض بالمتنفل (*) عندنا (١) .

وعندهم : لا يجوز (٢) .

وكذلك إذا اختلف فرض الإمام والمؤتم بأن اقتدى مؤدى الظهر بمؤدى العصر (٣) .

(*) قال ابن قدامة فى المغنى : لا نعلم بين أهل العلم اختلافاً فى صحة صلاة المتنفل وراء المفترض » المغنى : ٦٨/٣

وانما الخلاف فى صلاة المفترض خلف المتنفل .

(١) حلية العلماء : ١٧٥/٢ ، ١٧٦ ، النكت ورقة ٤٩/ب ، المهذب : ١٣٧/١ ، المجموع : ١٥٠/٤ ، شرح النووى على مسلم : ١٨١/٤

وبه قال ابن المنذر وطاووس وعطاء ، والأوزاعى وأبى ثور وداود وأحمد - فى رواية ، قال ابن قدامة فى المغنى : « وهى أصح » .

المغنى : ٦٧/٣ ، معالم السنن : ٤٠١/١

(٢) الهداية مع فتح القدير : ٣٧١/١ ، مختصر القدورى : ٨٠/١ ، تأسيس النظر ص ١٤٤، الاسرار ورقة ٤٩/١/أ مراد ملا ، مختلف الرواية ورقة ٣١/ب .

وعند المالكية لا يجوز ائتمام المفترض بالمتنفل ولا بمفترض غير فرضه وهو رواية عن الإمام أحمد، الاشراف للبغدادى : ١١٠/١ ، المغنى : ٦٧/٣ ، الكافى فى فقه أهل المدينة : ٢١٣/١

(٣) عند الشافعية ورواية عند الحنابلة : يجوز .

انظر : الحلية : ١٧٦/٢ ، المهذب : ١٣٧/١ ، المجموع : ١٥٠/٤ وعند الحنفية ورواية عند الحنابلة وهو قول المالكية ك لا يجوز .

مختصر القدورى : ٨٠/١ ، الاسرار ورقة ٤٩/١/ب مراد ملا ، المغنى : ٦٨/٣ ، الكافى فى فقه أهل المدينة : ٢١٣/١

لنا : « إن معاذاً رضى الله عنه كان يصلى مع النبى عليه السلام صلاة العشاء ثم يعود فيؤم قومه » [1] ، والخبر ثابت ، وهو برواية جابر .

وفى رواية : « فيكون له تطوعاً ولهم مكتوبة »[2] .

فان قالوا : ليس معناه أن النبى عليه السلام علم بذلك وأقره عليه .

قلنا : مثل معاذ فى فقهه وعلو منزلته فى الدين لا يقدم على مثل هذا إلا بعلم من النبى عليه السلام [3] .

وقد ثبت علم النبى عليه السلام بذلك فى الخبر المشهور وهو افتتاحه سورة البقرة فى العشاء الآخرة ، وانفراد الأنصارى ثم قول النبى عليه السلام لمعاذ : « أفتَّان أنت يا معاذ ؟ أين أنت عن سورة كذا وسورة كذا » [4] .

ولا سؤال لهم على الخبر أصلاً .

---

(١) رواه البخارى فى صحيحه : ٢٠٣/٢ مع الفتح فى باب إذا صلى ثم أمَّ قوماً .

ومسلم فى صحيحه : ١٨٢/٤ ، ١٨٣ مع النووى فى باب القراءة فى العشاء .

وأبو داود فى سننه : ٤٠٠/١ ، ٤٠١ مع المعالم فى باب إمامة مَنْ يصلى بقوم وقد صلَّى تلك الصلاة والأم .

والامام أحمد فى المسند : ٣٠٢/٣

والدارقطنى فى سننه : ٢٧٤/١ ، ٢٧٥

(٢) رواها الدارقطنى فى سننه : ٢٧٤/١ ، ٢٧٥

والشافعى فى الأم : ١٥٣/١ ، والبيهقى فى سننه الصغرى : ٢٠٦/١ ، والطحاوى فى شرح معانى الآثار : ٤٠٩/١

قال ابن حجر فى الفتح بعد ذكر هذه الرواية : « وهو حديث صحيح رجاله رجال الصحيح ، وقد صرح ابن جريج فى رواية عبد الرزاق بسماعه منه فانتفت تهمة تدليسه » ا هـ : فتح البارى : ١٩٦/٢

(٣) معالم السنن للخطابى : ٥٠٠/١ ، النووى فى المجموع نقلاً عن الخطابى ١٥٣/٤

(٤) رواه البخارى فى صحيحه ٢٠٠/٢ ، مع الفتح فى باب مَنْ شكا إمامه إذا طوَّل . =

وأما المعنى فنقول : كل واحد من المؤتمين يصلى لنفسه مؤدى فرضه بفعله ، وقد بيَّنا أن فوات صلاة الإمام أصلاً لا يوجب فساد صلاة المؤتم ، وذلك بأن كان جُنُباً أو محدثاً ففوات صفة صلاته من الفرضية لا يوجب فوات هذه الصفة من صلاة المقتدى أيضاً .

وهذا لأن كل واحد من القوم لما كان مصلياً لنفسه مؤدياً فرضه بفعله لم تتعلق بصلاة الإمام ، فنقول : مَنْ لا تتعلق صلاته بصلاة غيره فنفل غيره لا يمنع أداء فرضه . دليله الإمام مع المؤتم .

وأما الدليل على عدم التعلق أن الوارد فى الشرع هو فعل الجماعة ، وفعل الجماعة يوجب الإجتماع على أداء الصلاة ، واقتداء المؤتم يوجب متابعة الإمام فى الأفعال الظاهرة ، فإذا اجتمع القوم على فعل الصلاة ووجدت المتابعة من المؤتم فى الأفعال الظاهرة فقد تمت الجماعة .

ثم الإقتداء والإتباع فعل كل واحد من القوم فيما وراء هذا كمنفرد بالصلاة فيؤدى على حسب ما يختاره وما ينويه وهو مثل الإمام فإنه متبوع فى الأفعال الظاهرة فإذا تمت المتبوعية بوجود صورة الأفعال منه على ما تبعه فيها المقتدى به كان فيما وراء ذلك بمنزلة منفرد بالصلاة يؤدى صلاة على حسب اختياره ونيته ، كذلك هاهنا .

= ومسلم فى صحيحه : ٤/١٨١ ، ١٨٢ مع النووى فى باب القراءة فى العشاء .

وأبو داود فى سننه : ١ / ٥٠٠ مع المعالم فى باب تخفيف الصلاة .

والنسائى فى سننه : ٢/٧٦ ، ٧٧ ، ٧٩ ، ١٣٠ ، ١٣٤

وابن ماجه فى سننه : ١/٣١٥ فى باب مَنْ أمّ قوماً فليخفف .

والدارمى فى سننه : ١/٢٩٧

والإمام أحمد فى مسنده : ٣/٢٩٩ ، ٣٠٠ ، ٣٠٨ ، ٣٦٩

وقد حرر الأصحاب وقالوا : صلاتان اتفقتا فى الأفعال الظاهرة فيجوز
٣١/ب لِمَنْ يقيم أحدهما أن يقتدى / بمن يقيم الأخرى .

دليله المتنفل خلف المفترض .

وأما حجتهم :

قالوا : الإقتداء يوجب ابتناء صلاة المؤتم على صلاة الإمام حتى تصير الصلاتان كصلاة واحدة جوازاً وفساداً [١] .

(والدليل عليه قوله عليه السلام : « الإمام ضامن » [٢] أى ضامن صلاته صلاة المؤتم ، وضمانه صلاته بصلاته هو أن صلاته صارت فى ضمن صلاته . ولأن الإتباع واجب وإنما يوجب الإتباع تتعلق صلاته بصلاته، وهو أن صلاته صارت فى ضمن صلاته) [٣] ولولا ذلك وإلا لم يجب الإتباع ، وجاز للمؤتم أن ينفرد بصلاته عن صلاة الإمام متى شاء . وحين أجمعنا على أنه لا يجوز أن ينفرد بصلاته عن صلاة الإمام ، عرفنا أنه إنما لم يجز ، لأنه ارتبط صلاته بصلاة الإمام جوازاً وفساداً .

ويدل عليه أن الواجبات على المنفرد تتغير بالإقتداء ، بدليل أنه على أى حال أدركه وجب عليه المتابعة ، ولم يجز له أن يفعل ما يوجبه الإفراد أو ما هو واجب الصلاة فى الأصل ولو كان على ما زعمتم من قولكم إن كل واحد مصلى لنفسه وجب أن يفعل الصلاة على ما هو المشروع فى الأصل ، وأيضاً فإن الإمام إذا سها يجب على القوم أن يسجدوا لسهوه ولو لم يسجد الإمام سجد القوم عندكم ، ولو سها المؤتم لم يجب عليه شئ .

---

(١) تأسيس النظر ص ١٠٧ ، مختلف الرواية ورقة ٣١/ب .
(٢) رواه البيهقى فى سننه : ٤٢٥/١ ، ٤٢٦
والترمذى فى سننه : ٨/٢ مع عارضة الأحوذى فى باب ما جاء أن الإمام ضامن .
(٣) ما بين القوسين نقلاً من الاسرار ببعض التصرف : ٤٩/١/ب مراد ملا ، مختلف الرواية ورقة ٣١/ب .

وإذا ثبت الإبتناء الذى ادّعيناه ثبت ان الصلاتين قد صارتا كصلاة واحدة، فكل تحريمة يجوز له أن يبتنى عليها صلاته لنفسه يجوز أن يبتنى غيره عليها تلك الصلاة ، وكل تحريمة لا تجوز له أن يبتنى عليها صلاته لنفسه لايجوز لغيره أيضاً أن يبنيهما عليها ، ومعلوم أن تحريمة النفل إذا وُجِدَت من الإمام لا يجوز أن يبنى عليها صلاة الفرض لنفسه [1] ، وكذلك للمؤتم أن يبنى عليها هذه الصلاة .

قالوا : ويخرج على هذا المتنفل خلف المفترض [2] ، لأن الإمام يجوز له أن يبنى صلاة النفل على تحريمة الفرض ، فكذلك جاز من المؤتم ذلك .

وقد تعلق كثير منهم بالجمعة ، وقالوا : أجمعنا على أن الإمام لو كان يؤدى النفل فى الجمعة لم يجز إقتداء القوم به . فكذلك فى غير الجمعة ، وهذا لأن نهاية ما فى الباب أن الجماعة واجبة فى الجمعة ، وسُنَّة فى غيرها من الصلوات ولكن لا اختلاف فى نفس الجماعة .

وقد بينتم أنها للإجتماع على فعل الصلاة والإقتداء فى الأفعال الظاهرة.

وقد وُجِدَ هذا فى مسألة الجمعة ، وإن كان الإمام متنفلاً مثل ما وُجِدَ فى مسألتنا ومع ذلك لا يجوز ، وكذلك أوردوا الجمعة فى المسألة الأولى فإنه لو ظهر أن الإمام جُنُب أو محدث لم تجز الجمعة للقوم .

الجواب :

دعواهم أن صلاة القوم تبتنى على صلاة الإمام حتى تصير الصلاتان بمنزلة الصلاة الواحدة جوازاً وفساداً .

---

(١) تأسيس النظر ص ١٤٤

(٢) مختلف الرواية ورقة ٣١/ب .

لا نسلم ذلك على ما بينّا من قبل .

وأما الخبر فمعناه أن الإمام ضامن إكمال صلاة القوم بحكم المتبوعية ولأجل هذا الضمان إذا أكمل فله الأجر لصلاته وصلاة القوم ، وإذا نقص فعليه الوزر لصلاته وصلاة القوم .

وأما دخول صلاة المؤتم فى ضمن صلاة الإمام فلا يُعرف .

وأما قولهم : « إنه وجب الإتباع ».

قلنا : وجوب الإتباع بحكم نية الإقتداء أو لأنه إمام وهذا مؤتم ، ومن قضية كونه مؤتماً إتباعه إياه فى أفعاله ، وهذا هو المتابعة فى الأفعال الظاهرة .

فأما الإقتداء والإتباع فى النية فغير متصور ، لأنه أمر فى باطن القلب فكيف يوجد فيه المتابعة ثم الإتباع فى الأفعال الظاهرة لتحصل الجماعة المشروعة ويتحقق الإقتداء والإتمام ، وإذا حصل هذا فما وراء ذلك فكل مصلٍ وشأنه ولكل امرىءٍ ونيته .

وقولهم : « إنه تتغير الواجبات بالإقتداء » .

قلنا : أما أصل الواجبات فلا تتغير بالإقتداء منه شئ وإنما وجب المتابعة فى بعض أفعاله بسبب الإقتداء أو الإئتمام مع بقاء الواجب عليه فى أصل الصلاة على ما كان من قبل من غير أن يتغير منه شئ .

أما سجود السهو . قلنا : إذا سها الإمام وجب السجود على القوم بحكم المتابعة وإن لم يسجد الإمام لم يجب على القوم ، وإذا سها واحد من القوم لم يجز له أن يسجد ، لأنه يؤدى إلى الخلاف فى الأفعال الظاهرة ، ويمكن أن يقال : إن الجماعة لإحراز فضيلة الجماعة وعلى هذا نص النبى عليه السلام فقال : (صلاة الجماعة تفضل صلاة الفذ بسبع وعشرين

درجة »[1] فإذا وجدت الجماعة فى الظاهر حصلت فضيلة الجماعة وحصل المقصود / والمطلوب فصار صلاتهما وان اختلفتا فى صفة الفرضية والنفلية كصلاتهما إذا اتفقتا فى الفرضية والنفلية .

٣٢ / أ

فأما فى مسألة سهو القوم : فانما يسقط عنهم سجود السهو لأنه مشروع لجبر النقصان الداخل فى الصلاة ، وقد انجبر النقصان بفضيلة الجماعة فصار كما لو سجدوا .

وأما مسألة الجمعة فقد منعت ، وعلى التسليم وهى ظاهر المذهب نقول: ان الجماعة فرض الجمعة ، وانما صارت مفروضة لأجل الجمعة وإذا كان الإمام متنفلاً فلا جماعة فى الجمعة ، وانما الجماعة فى أصل الصلاة ، وشرط الجماعة لم يكن لأجل الصلاة فصاروا بمنزلة المنفردين فيما شرعت الجماعة لأجلها فلم يجز . وهم يقولون : قد صاروا هاهنا أيضاً بمنزلة المنفردين فى صلاة الظهر ، والجماعة مسنونة فيها كما أن هناك مفروضة فى الجمعة ، وربما يقولون : النية ركن الصلاة لا إمام له فيها فصار بمنزلة

---

(١) رواه البخارى : ٢/١٣١ مع الفتح فى باب فضل صلاة الجماعة . ومسلم فى صحيحه : ١٥٢/٥ مع النووى فى باب فضل صلاة الجماعة .

والترمذى فى سننه ١٥/٢ ، مع عارضة الأحوذى ، فى باب ما جاء فى فضل الجماعة .

والنسائى فى سننه : ٢ ؟ .٨ فى باب فضل صلاة الجماعة .

وابن ماجه فى سننه : ١ ؟ ٢٥٩

والدارمى فى سننه ١ / ٢٩٣

والإمام مالك فى الموطأ : ١ / ٢٨٨ مع المنتقى فى باب فضل صلاة الجماعة على صلاة الفذ .

والإمام أحمد فى المسند : ١ / ٣٧٦ ، ٣٨٢ ، ٤٣٧ ، ٤٥٢ ، ٦٥/٢ ، ١.٢ ، ١١٢ ، ٢٣٣ ، ٢٥٢ ، ٢٦٤ ، ٣٢٨ ، ٣٩٦ ، ٤٥٤ ، ٤٧٣ ، ٤٧٥ ، ٤٨٦ ، ٥.١ ، ٥٢. ، ٥٢٥ ، ٥٥/٣ ، ٦ / ٤٩ ، ٢٨٩ .

الركوع والسجود ، وكذلك إذا صلى صلاة من الصلوات الخمس مقتدياً بِمَنْ يصلى صلاة الجنازة .

قلنا : كذلك نقول له فى فضيلة الجماعة فى أصل الصلاة ولا فضيلة له فى جماعة الظهر إلا أن فوات ذلك لا يبطل الصلاة بخلاف الجمعة فإن فوات الجمعة مبطل لها ، ونحن نقول : إنما يحرز فضيلة الجماعة فى أصل الصلاة وصفتها إذا اتفقا على أصل الصلاة ، واتفقا فى صفتها هذا غاية ما يمكن الجواب عن الجمعة وإن منعنا فقد وقع الخلاص .

وقولهم : « إنه لا إمام له فى النية » .

قلنا : وإذا كان الإمام مفترضاً والمؤتم متنفلاً فلا إمام له فى النفل أيضاً ، لأن النفل ضد الفرض ومع ذلك جاز .

وعلى أنَّا بيَّنا أن المعتبر وجود الإمام فى الأفعال الظاهرة ، وبما ذكرنا من الجواب يجاب عن فصل الجمعة فى المسألة الأولى .. والله أعلم بالصواب.

* * *

(مسألة)

إذا صلى الكافر فى جماعة لم يحكم بإسلامه عندنا [١] .

وعندهم : يحكم بإسلامه [٢] .

لنا : إنه لم يأت بالإسلام فلا يصير مسلماً ، والدليل على أنه لم يأت بالإسلام أن الإسلام المأمور به هو كلمة الشهادتين بدليل خبر جبريل أنه سأل النبى عليه السلام عن الإسلام فقال : (أن تشهد أن لاإله إلا الله وأن محمداً رسول الله ...[٣]) الخبر .

---

(١) الأم : ١٤٨/١ ، المجموع : ١٣٣/٤ ، النكت ورقه ٥١/ب ، حلية العلماء : ١٦٩/٢

قال النووى فى المجموع : « وهو قول الأوزاعى ومالك وأبى ثور ، وداود » أ هـ .

وهو قول الحنابلة ، قال ابن قدامة : « الكافر لاتصح الصلاة خلفه بحال سواء علم بكفره بعد فراغه من الصلاة أو قبل ذلك » .

المغنى : ٣ / ٣٣ ، الإفصاح : ١٥٥/١

(٢) رؤوس المسائل ص ١٦٤ مختلف الرواية ورقه ٣٦/ب تنوير الأبصار مع رد المحتار ٣٥٣/١ ، الأسرار ورقة ٧٥/ب مراد ملا .

ويشترط لهذه الصلاة أربعة شروط : « أن يصلى فى الوقت مع جماعة مؤتماً متمماً » قال ابن عابدين وزاد الطرسوسى فى أنفع الوسائل : « كونها فى مسجد » فتكون الشروط خمسة . حاشية ابن عابدين : ٣٥٣/١

(٣) رواه مسلم فى صحيحه : ١٥٧/١ مع النووى فى باب تعريف الإسلام والإيمان . والنسائى فى سننه : ٨٨/٨ فى باب نعت الإسلام .

وقال أيضاً عليه السلام : « أمُرت أن أقاتل الناس حتى يقولوا لا إله إلا الله .... » [1] الخبر .

وقد قال الله تعالى : ﴿ وقاتلوهم حتى لا تكون فتنة ﴾ [2] أى شِرك .

وقال الله تعالى : ﴿ تقاتلونهم أو يسلمون ﴾ [3] ، فدل أن هذا هو الإسلام المدعو إليه وهو لم يأت به ، ويقال أيضاً : إن الإسلام هو الإقرار باللسان والإعتقاد بالقلب وتمامه بالأعمال .. ولم يوجد [4] .

---

(١) رواه البخارى فى صحيحه مع الفتح فى عدة مواضع : فى باب فإن تابوا وأقاموا الصلاة وفى باب فضل استقبال القبلة ٧٥/١ ، ٤٩٧ .

ومسلم فى صحيحه : ٢٠٦/١ مع النووى فى باب الامر بقتال الناس حتى يقولوا .....

وأبو داود فى سننه : ١٩٨/٢ مع المعالم فى باب الزكاة .

والترمذى فى سننه : ٦٨/١ ، ٦٩ ، ٧١ ، ٧٢ ، ٢٤٣/١٢ مع العارضة فى عدة مواضع فى باب ما جاء أمرت أن أقاتل ... »

وفى باب ما جاء فى قول النبى ﷺ أمرت .... وفى تفسير سورة الغاشية .

والنسائى فى سننه فى عدة مواضع : فى باب مانع الزكاة ، وفى باب وجوب الجهاد ، وفى باب تحريم الدم ، وفى باب على ما يقاتل الناس ١٠٥/٥ ، ١١ ، ٥/٦ ، ٧ ، ٧١ ، ٨٣ ، ٩٦/٨ .

وابن ماجه فى سننه : ٢٧/١ ، ٢١٨/٢ ، فى باب الايمان وفى باب الكف عمن قال لا إله إلا الله .

والدارمى فى سننه : ٢١٨/٢

والامام أحمد فى مسنده : ١١/١ ، ١٩ ، ٣٥ ، ٣٦ ، ٣١٤/٢ ، ٣٤٥ ، ٣٧٧ ، ٤٢٣ ، ٤٣٩ ، ٤٧٥ ، ٤٨٢ ، ٥٠٢ ، ٥٢٧ ، ٥٢٨ ، ١٩٩/٣ ، ٢٢٤ ، ٢٢٥ ، ٢٩٥ ، ٣٠٠ ، ٣٣٢ ، ٣٣٩ ، ٣٩٤ ، ٨/٤ ، ٩ ، ٢٤٦/٥

(٢) سورة البقرة : آية (١٩٣) .

(٣) سورة الفتح جزء من أيه (١٦) .

(٤) هو معنى قولهم : الإيمان : « قول باللسان واعتقاد بالجنان وعمل بالجوارح » .

وقيل : إن الأصل هو الإعتقاد بالقلب واللسان مترجم عنه ، ولم يوجد الأصل ولا الترجمة ، وإنما غاية ما فى الباب أن فعله الصلاة بالجماعة . يدل على أنه يعتقد الصلاة جماعة ، ولو صرح بهذا الإعتقاد لم يكن مسلماً فإذا جاء بما يدل عليه لم يكن مسلماً أيضاً .

وأما حجتهم :

تعلقوا بما روى ان النبى عليه السلام قال : « مَنْ صلى صلاتنا واستقبل قبلتنا وأكل ذبيحتنا فله مالنا وعليه ما علينا » (١) .

وروى بعضهم انه قال ﷺ : « من صلى صلاتنا فهو منا » (٢) .

ولأنه أتى بما يدل على الإسلام فيصير مسلماً .

دليله إذا أتى بالشهادتين ، والدليل على أنه دليل الإسلام ما روى فى بعض الأخبار : « إذا رأيتم الرجل ملازماً للجماعة فاشهدوا له بالإيمان ».

ولأن الصلاة بالجماعة شرع مختص بدين الإسلام (٣) ففعله يدل على قبول الإسلام كالشهادتين .

يبينّه أن الأصل هو الإعتقاد ، وقول الشهادتين دليل عليه ، فكذلك فعل الصلاة جماعة دليل عليه ، ولأن الكفر يثبت بفعل يدل عليه وهو إذا سجد بين يدى الصنم ، فكذلك الإسلام يثبت بدليل يدل عليه (٤) .

---

(١) رواه البخارى فى صحيحه : ٤٩٧/١ مع الفتح فى باب فضل استقبال القبله ولفظه : « من شهد ان لا إله إلا الله واستقبل قبلتنا ، وصلى صلاتنا وأكل ذبيحتنا فهو المسلم ، وعليه ما على المسلم » ورواه الدارقطنى بلفظ آخر : ٢٣٢/١

(٢) استدل به الدبوسى فى الاسرار ورقة ٧٥/١/ب مراد ملا .
ولم أقف على مَنْ خرجه بهذا اللفظ .

(٣) مختلف الرواية ورقة ٣٦/ب .

(٤) نقلاً بالمعنى من الاسرار ورقة ٧٥/١ب مراد ملا .

قالوا : وأما إذا صلّى وحده فيجوز أن يقال إنه يصير مسلماً .

وربما رووا ذلك عن محمد بن الحسن ، وعلى أنه ليس بشرع مختص بالإسلام لأن كل أهل الأديان يصلون ، وكذلك الصوم والإعتكاف .

وأما الحج فقد كان أهل الجاهلية يحجون ، ويدّعون أن حجهم على ملة ابراهيم عليه السلام ، وقد قال بعضهم : إنه لو حج على ما يحج أهل الإسلام يصير مسلماً .

الجواب :

أما قولهم : « إنه أتى بدليل الإسلام » .

قلنا : لا نسلم لأنه لم يوجد منه الا فعل شرع فى الإسلام ، وفعل شرع فى الإسلام لا يكون دليلاً على الإسلام بدليل سائر الشرائع ، لأنه لا يدل على قبول الإسلام من حيث الإستدلال ، ويحتمل غيره ، لأنه يجوز / أن فعله عابثاً أو حاكياً ، وما يشبه ذلك . ٣٢/ب

والجملة أنه لا بد من الإتيان بشئ لا يدل الا على الإسلام ، وذلك بالشهادتين فانه لا يحتمل سوى الإسلام بدليل النص ، ثم نقول ان الكافر مدعو الى حقيقة فعل الإسلام فما لم يأت به حقيقة لا يحكم له بالإسلام ، وقد بيّنا أن حقيقة الإسلام ماذا .

ويمكن أن يقال أيضاً ان الإسلام يشتمل على الإلتزام العام وذلك بالتزام الشرائع فلا بد من وجود دليل على هذا الإلتزام ، وذلك بالشهادتين ، ولأن الشهادة بقوله : « لا إله إلا الله » اعتراف بالصانع ووحدانيته ، واعتراف بجميع صفاته من حيث الدليل ، ودليل أيضاً على الإعتراف بتنزهه وتقدسه عن سمات الحدث والنقص .

وقوله : « محمد رسول الله » التزام للشرائع أجمع ، ولا توجد كلمتان تدلان على مثل ما تدل عليه هاتان الكلمتان .

فأما فعل صلاة الجماعة فنهاية ما فى الباب انه يدل على اعتقاده فضل الجماعة وانها مشروعة مسنونة ، ولو قال هذا لم يصر مسلماً ، كذلك إذا فعله .

ولأنه لا يدل على الإلتزام [1] العام بحال والإسـلام ما يدل على ذلك .

وأما تعلقهم بدليل الكفر من حيث الفعل .

قلنا : الكفر أسرع ثبوتاً من الإسلام ، ولهذا لو جحد شرعاً واحداً يكفر ولو التزم شرعاً واحداً من الشرائع لم يصر مسلماً ، ولأن قبول الصلاة جماعة لا يدل على الإلتزام العام الذى يحصل به الإسلام . والله أعلم .

* * *

(١) فى المخطوط : « التزام » ، والتصويب من المحقق .

(مسألة)

عندنا الإيتار بركعة جائز [١] ، وعندهم : لا يجوز [٢] ، وسموا هذه المسألة مسألة المبتورة [٣] .

لنا : انه قد ثبت الإيتار بركعة فعلاً عن رسول الله ﷺ ، وقولاً بالأمر به .

أما الفعل فحديث أنس [٤] بن سيرين عن ابن عمر قال : « كان رسول ﷺ يصلى بالليل مثنى مثنى ويوتر بركعة » ، وهذا فى الصحيحين [٥] .

---

(١) النكت ورقة ٤٩/ب ، المهذب : ١١٨/١ ، الأم : ١٢٣/١ ، ١٢٤ ، حلية العلماء : ١١٥/٢ ، شرح النووى على مسلم : ١٩/٦ ، المجموع : ٤٧٧/٣ ، ٤٧٨ .

وهو قول مالك وأحمد ، الاشراف للبغدادى : ١٠٧/١ ، المغنى : ٥٨٨/٢ .

(٢) مختصر الطحاوى ص ٢٨ ، كشف الاسرار : ٣٩٦/٣ ، رؤوس المسائل ص ١٧٢ ، مختلف الرواية ورقة ٢٨/ب ، شرح معانى الآثار : ٢٩٣/١ ، الاسرار ورقة ٦٢ /ب مراد ملا

(٣) انظر : الاسرار ورقه ٦٢/ب قال : « فصل المبتورة » .

(٤) أنس بن سيرين الانصارى أبو موسى - وقيل : أبو حمزة وقيل أبو عبد الله البصرى - أخو محمد بن سيرين ، ثقة من الثالثة ، مات سنة ١١٨ هـ - وقيل سنة ١٢٠ هـ - روى له الجماعة .

انظر : التقريب ص ٣٩

(٥) رواه البخارى فى صحيحه : ٤٨٦/٢ مع الفتح فى باب ساعات الوتر . ومسلم فى صحيحه : ٣٣/٦ مع النووى فى باب صلاة الليل مثنى مثنى والوتر ركعة فى آخر الليل .

وابن ماجه فى سننه : ٣٧١/١ فى باب ما جاء فى الوتر بركعة .

والترمذى فى سننه : ٢٤٨/٢ فى باب ما جاء فى الوتر بركعة . =

وروت عائشة أيضاً ان النبى عليه السلام أوتر بركعة [١] .

ورواه أيضاً سعد بن أبى وقاص ، قال قيس [٢] بن أبى حازم : رأيت سعداً أوتر بركعة فسألته عن ذلك فقال : رأيت النبى عليه السلام يوتر بركعة [٣] .

= ورواه أبو داود والترمذى والنسائى والدارمى ومالك فى الموطأ .

ومن رواية نافع وعبد الله بن دينار عن ابن عمر انظر :

سنن أبى داود : ٢/ ٨٠ مع المعالم فى باب صلاة الليل مثنى مثنى .

سنن الترمذى : ٢/٢٢٦ مع العارضة فى باب ما جاء فى صلاة الليل مثنى مثنى .

سنن النسائى : ٣/١٩١ ، ١٩٢ ، فى باب كيف الوتر بواحدة .

سنن الدارمى : ١/٣٧٢ ، فى باب لم الوتر ؟ .

الموطأ : ١/ ٢٢٠ مع المنتقى فى باب الامر بالوتر .

(١) رواه مسلم فى صحيحه ٦/١٦ مع النووى فى باب صلاة الليل والوتر .

وأبو داود فى سننه : ٢/٨٥ مع المعالم فى باب صلاة الليل .

والترمذى فى سننه : ٢/٢٢٩ مع العارضة فى باب ما جاء فى وصف صلاة النبى ﷺ .

والنسائى فى سننه : ٢/١٩٢ فى باب كيف الوتر بواحدة .

والامام مالك فى الموطأ : ١/٢١٤ مع المنتقى فى باب صلاة النبى ﷺ فى الوتر .

(٢) قيس بن أبى حازم البجلى أبو عبد الله الكوفى ، ثقة من الثانية مخضرم ، ويقال : له رؤية وهو الذى يقال إنه اجتمع له أن يروى عن العشرة ، مات بعد التسعين وقد جاوز المائة وتغير ، روى له الجماعة .

انظر : التقريب ص ٢٨٣

(٣) رواه الدارقطنى فى سننه : ٢/٢٧ ، ٣٣

ومالك من طريق ابن شهاب موقوفا عليه من فعله ، الموطأ ١/٢٢٣ ، مع المنتقى .

ورواه فى كشف الأستار عن زوائد البزار : ١/٣٥٥

ثم قال : قال البزار : لا نعلمه عن سعد مرفوعاً إلا من حديث المغيرة وهو كوفى مشهور حدّث عنه جماعة .

وروى فعل الوتر ركعة عن النبى عليه السلام سوى هؤلاء : جابر [١] ، وابن عباس [٢] والفضل بن عباس ، وأبو أيوب [٣] .

وأما القول فالخبر الصحيح المقبول عند جميع الأئمة قوله ﷺ برواية ابن عمر وغيره : « صلاة الليل مثنى مثنى فإذا خشيت الصبح فأوتر بركعة » [٤].

وروى أيوب [٥] ان النبى عليه السلام قال : «مَنْ أحب أن يوتر بخمس فليفعل ، وَمَنْ أحب أن يوتر بثلاث فليفعل ، وَمَنْ أحب أن يوتر بواحدة فليفعل » [٦] .ولا مزيد على القول والفعل من النبى عليه السلام .

---

(١) أخرج حديثه محمد بن نصر فى قيام الليل . انظر تحفة الأحوذى : ١/ ٣٢.

(٢) أخرج حديثه محمد بن نصر فى قيام الليل . انظر تحفة الأحوذى : ١/ ٣٢.

(٣) أخرج حديثه محمد بن نصر فى قيام الليل . انظر تحفة الأحوذى : ١/ ٣٢.

قاله الترمذى فى سننه : ١/ ٣٢. مع التحفة .

وأما حديث أبى أيوب فهو : « الوتر حق فمن أحب أن يوتر بخمس ... » شرح السنة للبغوى : ٨٢/٤ وسيأتى تخريجه انظر حاشية (٦) ..

(٤) رواه البخارى فى صحيحه ٤٧٧/٢ مع الفتح باب ما جاء فى الوتر .

ومسلم فى صحيحه ٦/ ٣٠-٣١ مع النووى فى باب صلاة الليل مثنى مثنى والوتر ركعة آخر الليل .

والترمذى فى سننه : ٢٢٦/٢ ، ٢٢٧ مع العارضة فى باب ما جاء ان صلاة الليل مثنى مثنى .

والنسائى فى سننه : ١٨٦/٣ ، ١٨٧ فى باب كيف صلاة الليل .

(٥) كذا فى المخطوط والصواب « أبو أيوب » كما فى سنن الدارقطنى .

(٦) رواه الدارقطنى فى سننه : ٢٢/٢ ، ٢٣ .

والنسائى فى سننه ١٩٦/٣ ، ١٩٧ مرفوعاً وموقوفاً .

وأبو داود فى سننه : ١٣٢/٢ مع المعالم فى باب كم الوتر .

وابن ماجه فى سننه : ٣٧٦/١ فى باب ما جاء فى الوتر بثلاث وخمس .

قال الحافظ فى التلخيص :« وصحح أبو حاتم والذهلى والدارقطنى فى العلل والبيهقى وغير واحد وقفه ، وهو الصواب » ا هـ .

التلخيص الحبير : ١٣/٢ ، سنن البيهقى : ٢٣/٣ ، ٢٤

والطحاوى فى شرح معانى الآثار : ٢٩١/١ مرفوعاً وموقوفاً .

وأما حجتهم :

رووا بطريق أبي [1] بن كعب ان النبي ﷺ : كان يوتر بثلاث [2] .

قالوا : وكذلك رواه أبو اسحاق عن الحارث عن علي عن النبي عليه السلام [3] .

قالوا : ورواه أيضاً عمران بن حصين وعائشة وابن عباس [4] .

ورووا أن النبي عليه السلام نهى عن البتيراء ، والبتيراء هي الوتر بركعة [5] .

---

(١) ليست في المخطوط وهي زيادة يقتضيها النص .

(٢) رواه النسائي في سننه : ١٩٣/٣

وقال الترمذي : وفي الباب عن عبد الرحمن بن أبزى عن أُبَيّ بن كعب ، سنن الترمذي مع العارضة : ٢٤٧/٢

واستدل به في الأسرار ورقة ٦٣/أ مراد ملا .

(٣) وراه الترمذي في سننه : ٢٤٧/٢ مع العارضة في باب ما جاء في الوتر بثلاث ، واستدل به في الأسرار ورقة ٦٣/أ مراد ملا .

(٤) قاله الترمذي في سننه : ٢٤٧/٢ مع العارضة .

انظر : سنن النسائي : ١٩٤/٣ فقد رواه عن ابن عباس مرفوعاً وموقوفاً .

(٥) قال في نصب الراية : « رواه ابن عبد البر في كتاب التمهيد ، وذكره عبد الحق في أحكامه » وقال الغالب : على حديث عثمان بن محمد - هذا - الوهم ، وقال ابن القطان في كتابه : هذا حديث شاذ ولا يعرج على رواية ، وذكره ابن الجوزي في التحقيق ثم قال : والمروي عن ابن عمر انه فسر البتيراء أن يصلي بركوع ناقص وسجود ناقص » ا هـ.

نصب الراية : ١٢٠/٢ .

وقال النووي في المجموع : « حديث البتيراء ضعيف ومرسل » اهـ : ٤٧٨/٣ . واستدل به في الاسرار ورقة ٦٣/أ مراد ملا .

وروى ابن مسعود عن النبى عليه السلام انه قال : « وتر الليل ثلاث كوتر النهار صلاة المغرب » [(١)] .

قالوا : وروى ابن عمران النبى عليه السلام نهى عن السلام على الركعتين فى الوتر » [(٢)] .

الجواب :

إن أخبارنا أخبار صحيحة ، وأما أخباركم أخبار معلولة .

فان خبر أُبَّى بن كعب ، رواه ابن أبزى[(٣)] عن أبىّ بن كعب [(٤)] ، ورواه ابن أبزى مرة عن النبى عليه السلام مرسلا من غير ذكر أبىّ بن كعب [(٥)] ، وهذا يوجب ضعف الرواية .

---

(١) رواه الدارقطنى فى سننه : ٢٨/٢ وقال : « يحيى بن زكريا هذا يقال له ابن أبى الحواجب، ضعيف ولم يروه عن الأعمش مرفوعاً غيره .

قال الحافظ فى التلخيص : « قال البيهقى : الصحيح وقفه على ابن مسعود كذا رواه الثورى وغيره عن الأعمش ، ورفعه ابن أبى الحواجب وهو ضعيف » اهـ.

التلخيص الحبير : ١٥/٢ ، سنن البيهقى : ٣١/٣ ، والطحاوى فى شرح معانى الآثار : ٢٩٤/١ ، موقوفاً على ابن مسعود .

(٢) رواه الدارقطنى عن عائشة فى سننه : ٣٢/٢

والحاكم فى المستدرك : ٣٠٤/١ ولفظه : « لا يسلم فى الركعتين الأولين من الوتر » .

والنسائى فى سننه : ١٩٣/٣ ، كلهم رووه عن عائشة وليس عن ابن عمر .

(٣) عبد الرحمن بن أبزى - بفتح الهمزة وسكون الموحدة بعدها زاى - مقصور الخزاعى مولاهم صحابى صغير ، وكان فى عهد عمر رجلا ، وكان على خراسان لعلى . روى له الجماعة . انظر : التقريب ص ١٩٨

(٤) قاله الترمذى فى سننه : ٢٤٧/٢ مع العارضة .

ورواه الدارقطنى فى سننه : ٣١/٢ ، مرفوعاً .

(٥) قاله الترمذى فى سننه : ٢٤٧/٢ مع العارضة .

رواه الإمام أحمد فى مسنده من غير ذكر أُبَىّ بن كعب : ٤٠٦/٣ ، ٤٠٧

وأما حديث عليّ [١] رواه أبو إسحاق [٢] عن الحارث عن عليّ ، وهذا الحارث هو الحارث الأعور ، ورماه الشعبى بالكذب وغيره .

وأما الذى رووا عن النبى عليه السلام نهى عن البتيراء ، فرواه محمد[٣] بن كعب القرظى عن النبى عليه السلام فيكون مرسلاً [٤] .

وقد روى عن ابن عمر انه قال : البتيراء أن تصلى بركوع وسجود ناقص [٥] .

وأما الذى رووا عن ابن مسعود فمداره فى رفعه على ابن أبى الحواجب يحيى [٦] بن زكريا ، وهو ضعيف .. ذكره الدارقطنى [٧] .

---

(١) سبق تخريجه عند ذكر حجج المخالفين .

(٢) أبو اسحاق السبيعى : عمرو بن عبد الله الهمدانى أبو اسحاق السبيعى مكثر ، ثقة عابد من الثالثة ، اختلط بآخره مات سنة ١٢٩ هـ ، وقيل قبل ذلك ، روي له الجماعة ، انظر : التقريب ص ٢٦٠ - ٢٦١

(٣) محمد بن كعب به سليم بن أسد أبو حمزة القرظى المدنى وكان قد نزل الكوفة مدة ، ثقة عالم ، من الثالثة ، ولد سنة أربعين على الصحيح ، وَوَهِمَ مَنْ قال : ولد فى عهد النبى ﷺ ، فقد قال البخارى : إن أباه كان ممن لم ينبت من سبى قريظة ، مات محمد سنة ١٢٠ هـ ، وقيل قبل ذلك.

روى له الجماعة ، انظر : التقريب ص ٣١٦ ، ٣١٧

(٤) ذكره النووى فى المجموع استدلالا لأبى حنيفة : ٤٧٨/٣ وقال : أنه ضعيف ومرسل » اهـ .

(٥) رواها البيهقى فى سننه : ٢٦/٣

(٦) يحيى بن زكريا بن أبى الحواجب ، عن الأعمش .

قال الدارقطنى : ضعيف ، قلتُ - الذهبى - : « يحتمل أن يكون الذى قبله » ، - أى يحيى أبو زكريا - ميزان الاعتدال : ٣٧٦/٤

(٧) سنن الدارقطنى : ٢٨/٢ ، سنن البيهقى : ٣١/٣

وقد روى أبو هريرة أن النبى عليه السلام قال : « لا توتروا بثلاث أوتروا بسبع أو خمس ولا تشبهوا بصلاة المغرب »[1] .

وإما الذى رووا أنه نهى عليه السلام فى الركعتين فلا يعرف ، وكيف يصح برواية ابن عمر هذا ؟ وقد ثبت ان ابن عمر كان يُسلِّم على الركعتين، حتى روى أنه كان يأمر ببعض حاجته ثم يصلى ركعة[2] .

وعلى أن الإيتار بثلاث ان ثبت عن النبى عليه السلام فيحتمل انه عليه السلام كان يسلم على الركعتين بدليل ما / بينّا قولاً و فعلاً انه ﷺ أوتر بركعة وأمر به ، فلا يستقيم الجمع بين الأخبار إلا إذا حملنا على هذا الوجه. فإن رووا أنه عليه السلام « كان يوتر بثلاث لا يُسلِّم إلا فى آخرهن »[3].

---

(١) رواه الدارقطنى فى سننه : ٢/٢٥ ، ٢٦ ، ٢٧ وقال ، واللفظ لموهب بن يزيد ، كلهم ثقات .

والحاكم فى المستدرك : ١/٣٠٤ وقال : هذا حديث صحيح على شرط الشيخين ولم يخرجاه ، ووافقه الذهبى .

ورواه البيهقى فى سننه : ٣/٣١

والطحاوى فى شرح معانى الآثار : ١/٢٩٢

(٢) رواه البيهقى فى سننه : ٣/٢٦ ، ومالك فى الموطأ : ١/٢٢٣ مع المنتقى فى باب الأمر فى الوتر .

(٣) رواها النسائى فى سننه : ٣/١٩٤ من حديث أُبىٍّ بن كعب .

والطحاوى فى شرح معانى الآثار : ١/٢٩٤

والحاكم فى المستدرك : ١/٣٠٤ وقال : إنه صحيح على شرط البخارى ومسلم ولم يخرجاه ولفظه : قالت : كان رسول الله ﷺ يوتر بثلاث لا يُسلِّم الا فى آخرهن » .

ورواه الامام أحمد فى مسنده ولفظه : « كان يوتر بخمس لا يجلس الا فى آخرهن » ٦/٢٠٥

وفى لفظ آخر لأحمد « يوتر بسبع أو خمس لا يفصل بينهن بكلام ولا تسليم » ، المسند : ٦/٢٩٠ ، ٣١٠ ، ٣٢١

ورواه البيهقى فى سننه : ٣/٢٨ عن عائشة ولفظه : « قالت : كان رسول الله ﷺ يوتر بثلاث لا يقعد إلا فى آخرهن » ا هـ .

فهذه زيادة لا تعرف ، وإنما المنقول أنه كان يوتر بثلاث مطلقاً [١] ويحتمل ما قلنا .

وقد رووا عن ابن مسعود رضي الله عنه أنه قال : « ما أجزت ركعة قط » [٢] .

قلنا : قد ثبت عن جماعة كثيرة من الصحابة أنهم كانوا يوترون بركعة منهم : عثمان ، وسعد بن أبى وقاص ، وابن عمر ، وابن عباس ، ومعاوية، وغيرهم [٣] .

فقول ابن مسعود لا يقدح فى هذه الأقوال .

وعلى أنه قيل : إنما قال هذا رداً على ابن عباس حيث قال : إن صلاة الصبح فى السفر تعود إلى ركعة [٤] ، والمسألة خبرية .

وقد قال المخالفون سلوكاً لطريق المعنى :

إن التنفل بركعة لا يجوز بحال ، دل انها ليست بصلاة ، ولأن الصبح بالسفر لا يرد إلى الشطر مع ان السفر مشطر ، وانما لم يرد لأن الركعة لا تكون صلاة ، فلورد إلى الشطر لكان اعداماً والسفر ليس بمعدم للصلاة .

قالوا : أيضا : إن الركعة الواحدة لو كانت صلاة لورد الشرع بينها وبين

---

(١) رواه الامام أحمد فى مسنده عن ابن عباس : ١/٣٠٥ ، ٣١٦ ، ٣٧٢ ، والطحاوى فى شرح معانى الآثار : ١/٢٧٩

(٢) ذكره النووى فى المجموع : ٣/٤٧٩

(٣) ذكر ذلك عنهم النووى فى المجموع : ٣/٤٧٨ ، والبيهقى فى السنن الكبرى : ٣/٢٤ - ٢٧ .

(٤) ذكر ذلك النووى فى المجموع : ٣/٤٧٩

الركعة الثانية بجلسة ذات تشهد - مثل الركعتين - والركعتين ، ليقع الفصل بين ما هو أصل الصلاة وبين ما هو زيادة عليها [1] .

والجواب :

إن هذه كلمات ضعيفة ، ونحن قد اعتمدنا على السنة ، ولا حاجة بالسُنَّة إلى علاوة من التمسك بقياس ضعيف أو معنى غير مخيل .

وإن تكلمنا فى المعنى فكلامنا يكون أظهر ، لأن الركعة الواحدة اشتملت على جميع أفعال الصلاة ، والصلاة إنما صارت بمجموع أفعال يؤتي بها على شرائط مخصوصة ، فما يشتمل على تلك الأفعال يكون صلاة صحيحة ، والركعة الواحدة قد اشتملت عليها .

وأما الثانية إعادة لها فلم تقف صحتها على إعادتها ، كما لا تقف على إعادتها بثالثة ورابعة ، وهذا معني فى نهاية الحسن .

وأما قولهم : « ان التنفل بركعة لا يجوز » .

قلنا : يجوز .

فإن قالوا : لم يرد الفرض بركعة .

قلنا : ولم إذا لم يرد الفرض بركعة ما يدل على أن الركعة لا تكون صلاة ، وهذا لأن التنفل باختيار العبد ، والفرض بإيجاب الشرع ، والأصل أن ما يختاره العبد فقدره متعلق باختياره ، وأما ما أوجبه الشرع فقدره بحسب ما ورد به الشرع . وقد قالوا : إن التنفل بثمان ركعات وزيادة يجوز بتسليمة واحدة ولم يرد الشرع بمثل هذا بحال .

---

(١) انظر : الاسرار ورقة ٦٣/أ مراد ملا .

أما قولهم : « إن صلاة الصبح لا تتشطر بالسفر » .

قلنا : هذا بناء على ما ذكرنا ، وهو ان الفرض لم يرد بركعة واحدة بحال، والسفر يعمل فى تشطير الفرض فلم يعمل فى الرد إلى ما لم يرد المفروض بمثله بحال .

وقد ذكرنا الفرق بين الفرض والنفل ، وعلى ان عندهم ان الفرض كان فى الأصل ركعتين فزيد فى الحضر وأقر فى السفر على ما كان فى الأصل على ما يذكرونه فى المسألة الثانية ، فكيف يستقيم على هذا الأصل التشطير ؟ .

وأما قولهم : « إن الشرع لم يرد بالفصل بين الركعة والركعة بجلسة ».

قلنا : وقد ورد بين الركعتين والركعة فى المغرب فهذا يدل إذن على أن الركعة صحيحة فدل ان ما قالوه تعلق باطل . والله أعلم .

* * *

(مسألة)

القصر عندنا : رخصة [١] ، وعندهم : عزيمة [٢] .

قالوا : لا يجوز الإتمام بحال ولو أتم يكون فرضه ركعتان ، والباقى نافلة .

لنا : قوله تعالي : ﴿ وإذا ضربتم فى الأرض فليس عليكم جناح ان تقصروا من الصلاة ﴾ [٣] .

ورفع الحرج عبارة عن الإباحة ، والمباح ما تخير الانسان بين تركه وفعله. فإن قالوا : أليس الله تعالى قال فى السعى : « فلا جناح عليه أن يطوف بهما ﴾ [٤] ، ومع ذلك هو واجب .

---

(١) الأم : ١/١٥٩ ، النكت ورقة ٥٥/أ ، المجموع : ٤/١٩٨ ، ١٩٩ حلية العلماء : ١٩٤/٢ .

وهو قول أحمد والمذهب عند المالكية ، الاشراف للبغدادى : ١/١١٧ ، الافصاح ١/١٥٦ ، الكافى فى فقه أهل المدينة : ١/٢٤٤ ، المغنى ٣/١٢٢

(٢) رؤوس المسائل ص ١٧٣ ، مختلف الرواية ورقة ٣٢/ب ، الاسرار ورقة ٦٢/أ مراد ملا . مختصر الطحاوى ص ٣٣ ، بدائع الصنائع ١/٢٨٣ ، مختصر القدورى ١/١٠٩ ، ١١٠ ، وشرح معانى الآثار : ١/٤٢٤ ، وهو رواية أشهب عن مالك المنتقى شرح الموطأ : ١/٢٦٠

(٣) سورة النساء : آية (١٠١) .

(٤) سورة البقرة : آية (١٥٨) .

قلنا : ظاهر قوله : ﴿ فلا جناح ﴾ يقتضى ما قلنا ، إلا أن الدليل قام هاهنا على وجوب السعى ، وكونه ركناً بخلاف مسألتنا .

وقد قيل : إن السبب إن الصفا والمروة كان موضع الصنمين فى الجاهلية يقال لاحداهما إساف والآخر نائلة ، فلما جاء الإسلام تحرج المسلمون من الطواف بين الصفا والمروة لمكان الصنمين فأنزل الله هذه الآية [1] .

ومن جهة يبينه حديث يعلى [2] بن أمية انه قال لعمر رضى الله عنه : ما بالنا نقصر وقد أمنّا ، فقال : تعجبتُ مما تعجبت منه فسألتُ النبى عليه السلام فقال : « صَدقة تصدَّق الله تعالى بها عليكم فاقبلوا صدقته »[3].

فسمى القصر صدقة ، والرخصة والصدقة يتقارب معناهما .

وأما الإستدلال من حيث المعنى فظاهر جداً ، وذلك لأن القصر ثابت بنص الكتاب وطلب المعنى واجب إذا أمكن فلا يُعرف معنى فى إطلاق القصر إلا / التخفيف فان السفر حال مشقة والمشقة سبب للتخفيف لقوله تعالى : ﴿ يريد الله بكم اليسر ولا يريد بكم العسر ﴾ [4] والتخفيف بإطلاق

٣٣/ب

---

(١) ذكر ذلك ابن جرير الطبرى فى تفسيره : ٤٦/٢

(٢) يعلى بن أمية بن أبى عبيدة بن همام التميمى حليف قريش وهو يعلى بن منية - وهى أمه- صحابى مشهور ، مات بضع وأربعين ، روى له الجماعة .

انظر : التقريب ص ٣٨٧

(٣) رواه مسلم فى صحيحه : ١٩٦/٥ مع النووى فى باب صلاة المسافرين وقصرها .

وأبو داود فى سننه : ٧/٢ مع المعالم ، فى باب صلاة المسافر .

والترمذى فى سننه : ١٦٣/١١ مع العارضة ، فى باب سورة النساء

والنسائى فى سننه : ٩٥/٣ فى باب تقصير الصلاة فى السفر .

وابن ماجه فى سننه : ٣٣٩/١ ، فى باب تقصير الصلاة فى السفر .

والدرامى فى سننه : ٣٥٤/١

والامام أحمد فى المسند : ٢٥/١ ، ٣٦

والطحاوى فى شرح معانى الآثار : ٤١٥/١

(٤) سورة البقرة : آية (١٨٥) .

القصر، وقد حصل كمال التخفيف بإباحته ولا معنى للإيجاب والتحتيم، وهو مثل إباحة الفطر سواء فنقول : تخفيف ربط بالسفر فلا يكون حتماً، ودليله الفطر .

ومما يستدل الأصحاب بمسألة على أصولهم وهو أنه لو اقتدى مسافر بمقيم يلزمه الإتمام [١]، فلو كان فرضه ركعتان لم يتغير بالإقتداء، وهذا فى نهاية الإشكال عليهم، لأن الإقتداء لم يوضع لتغير الفرائض .

يبينه أنه لو كان المقتدى مقيماً بمسافر لا يعود فرضه إلى ركعتين فكذلك إذا كان الإقتداء من مسافر بمقيم وجب ألا يصير فرضه إلى الأربع فإن الزيادة على الفرض المحدود مثل النقصان فيه، فإذا لم يجز أحدهما لم يجز الآخر، وليس لهم على هذا سؤال سوى أنهم يقولون : اجتمع فى هذه الصلاة حكم السفر والإقامة .

وبيان ذلك : أنَّا بيَّنا أن صلاة المقتدى منوطة بصلاة الإمام وقد جعلت الصلاتان كصلاة واحدة على ما سبق .

وإذا اجتمع فيها حكم السفر وحكم الإقامة غلب حكم الإقامة، وهذا ليس بشئ، لأن الأصل الذى ادعوه قد أجبنا عنه وبيَّنا بطلانه .

ولأنه إذا اختلف الفرضان لا يمكن جعل الصلاتين كصلاة واحدة فينبغى أن يفسد الإقتداء على أصلهم، وأيضاً فإنهم يطالبون بإقامة الدليل على تغلب فرض الإقامة على فرض السفر وعلى هذا ينقطع كلامهم .

وأما حجتهم :

تعلقوا بحديث عائشة رضى الله عنها انها قالت : فُرِضَتْ الصلاة فى الأصل ركعتان ركعتان فأقرت فى السفر وزيدت فى الحضر » [٢] .

---

(١) مختصر القدورى : ١١١/١ وهو قول الشافعية وعامة العلماء . المجموع : ٢١٢/٤ ، ٢١٣

(٢) رواه البخارى فى صحيحه : ٥٦٩/٢ مع الفتح فى باب يقصر إذا خرج من موضعه . =

وبحديث ابن عباس قال : « فرض الله تعالى الصلاة على لسان نبيكم فى الحضر أربعاً وفى السفر ركعتين وفى الخوف ركعة » [(١)] .

وبحديث عمر رضى الله عنه قال : « صلاة الصبح ركعتان وصلاة الجمعة ركعتان وصلاة السفر ركعتان تمام غير قصر على لسان نبيكم ﷺ »[(٢)].

والأخبار نصوص .

وأما المعنى قالوا : ما زاد على الركعتين صلاة يجوز تركها على الإطلاق فلا تكون واجبة كالنوافل ، وهذا لأن الواجب ما لا يسع تركه ، وإذا جاز ترك الركعتين الأخراوين على الإطلاق دل انهما ليستا بواجبتين .

قالوا : ونعنى بالإطلاق انه يجوز تركها لا إلى بدل .

= ولفظه : « قالت : الصلاة أول ما فرضت ركعتين ، فأقرت صلاة السفر ، وأتمت صلاة الحضر ».

ومسلم فى صحيحه : ١٩٤/٥ مع النووى فى باب صلاة المسافرين .

وأبو داود فى سننه : ٥/٢ مع المعالم فى باب صلاة المسافر .

ومالك فى الموطأ : ١/ ٢٦٠ مع المنتقى فى باب قصر الصلاة فى السفر .

واستدل بهذا الحديث الدبوسى فى اسراره ورقة ٦٢/أ مراد ملا .

(١) رواه مسلم فى صحيحه : ١٩٦/٥ ، ١٩٧ مع النووى فى باب صلاة المسافرين .

والنسائى فى سننه : ٩٧/٣ فى كتاب تقصير الصلاة فى السفر .

وابن ماجه فى سننه : ٣٣٩/١ فى باب تقصير الصلاة فى السفر بدون قوله : « وفى الخوف ركعة » .

ورواه الطحاوى فى شرح معانى الآثار : ٤٢١/١ مثل لفظ ابن ماجه ، واستدل به الدبوسى فى اسراره ورقة ٦٢/أ مراد ملا .

(٢) رواه النسائى فى سننه : ٩٧/٣ فى كتاب تقصير الصلاة فى السفر .

وابن ماجه فى سننه : ٣٣٨/١ فى باب تقصير الصلاة فى السفر .

والطحاوى فى شرح معانى الآثار : ٤٢١/١

واستدل به الدبوسى فى أسراره ورقة ٦٢/أ مراد ملا .

وحرفهم أن السفر سبب لسقوط الركعتين بدليل ما بيّنا من جواز الترك وإذا سقط لم يبق شئ منه وصار كالديْن الساقط .

قالوا : ولا يجوز أن يقال إن سقوطهما معلّق باختيار العبد ، لأن هذا يؤدى إلى تفويض الشرع إلى رأى العباد ، وهذا لا يجوز فيقال : إنه إذا رأى يجب كذا وإذا لم ير لم يجب .

يبينه أن الشرائع مصالح وتفويض المصالح إلى رأى العباد غير جائز ، لأنهم لا يعرفون ما يصلحهم .

قالوا : ولأن القبول إنما يعتبر فى التمليكات ، فأما ما كان يوجب الإسقاط فلا معنى لإعتبار القبول فيه بدليل الطلاق والعتاق .

وخرّجوا الإفطار فى الصوم على هذا الأصل ، لأنه ليس بإسقاط بل هو تأجيل وتأخير .

وأما لفظ الصدقة المذكورة فى الخبر فهو عبارة عن الإسقاط ويجوز أن يسمى الإسقاط صدقة كما لو قال لمديونه : تصدَّقتُ بدَيْنى عليك ، يكون إسقاطاً .

الجواب :

أما الخبر الأول ، قلنا : قد عرف اعداد الركعات على ما نصليها بالإجماع والدلائل القطعية ، فإثباتها فى الأصل ركعتين ركعتين ثم الزيادة من بعد لا بد فيه من نقل تواتر ، والخبر واحد كيف ... ؟ وقد دل الكتاب على تأصيل الأربع فإن قوله تعالى : ﴿ فليس عليكم جناح أن تقصروا من الصلاة ﴾ [1] ومعناه من الصلاة المعهودة وهى الأربع ، فدلت الآية على

---

(١) سورة النساء آية : (١٠١) .

أنها الأصل ، وأيضاً فان « من » للتبعيض ، وقد قال : « من الصلاة » فدل أن المفعول بعض الصلاة ، ولأنا إذا قلنا على ما رويتم لا يتحقق معنى القصر ، لأن القصر عبارة عن الحط فلا تكون صلاة السفر مقصورة بل تكون صلاة الإقامة مزادة ثم يجوز أن يكون المراد من الخبر إباحة القصر ، ويكون قوله : « فأقرت فى السفر » إذا اختاره العبد .

وكذلك قوله فى الخبر الثانى : « فرض اللّه تعالى صلاة الحَضَر أربعاً وصلاة السفر ركعتين » يعنى إذا اختاره العبد [١] ، وقد قلنا ما قلناه على وجه النقل والتوقى من الكلام فى الأخبار على الوجه الإعتراض .

والذى يوهم الرد وترك القبول / واجب ، والتأويل المذكور محتمل .

ويؤيده ما ثبت عن عائشة رضى اللّه عنها « أنها أتمت فى السفر » .

وهذا يدل على انه كان المراد ما بينّاه .

وأما الحديث الثالث وهو حديث عمر .

قلنا : معنى قوله : « تمام غير قصر » أى تمام فى الثواب [٢] ، وكذلك نقول بل نزعم أن السُنَّة هى القصر فى الأسفار ، كما ان السُنَّة هى المسح على الخفين بل هذا آكد ، لأن النبى عليه السلام لم يتم فى شئ من أسفاره وكذا أبو بكر وعمر .

وقد روى الأصحاب أخباراً فى إتمام النبى عليه السلام ، ولم نر الإعتماد عليها لضعف أسانيدها .

وأما المعنى ، قولهم : « يجوز له ترك مازاد على الركعتين » .

---

(١) النكت ورقه ٥٤/أ.

(٢) النكت ورقه ٥٤/ب .

قلنا : نعم ، ولكن قبولاً لا رُخصةً مثل ما يجوز ترك غسل الرجلين بالمسح قبولاً للرخصة ، وهذا لا يدل على انه لو كان أتم لا يكون فاعلاً للواجب مثل مسح الخف سواء فإنه لو تركه وغسل الرجلين يكون فاعلاً للواجب مثل مسح الخف سواء ولم يدل جواز تركه على سقوطه أصلا .

وأما قولهم : « إن السفر سبب لسقوط الركعتين » .

قلنا : لا ، بل هو سبب للرخصة ، يبينه ان النبى عليه السلام سمى القصر صدقة فنجعل العدد الأربع من الركعات كأربعة دراهم وجبت لإنسان على انسان فتصدق باثنين من ذلك عليه . فإن قبل سقطتا عنه ، وإن لم يقبل وجب عليه قضاء الأربع ، فكان قضاؤه إياهن على أن جميع ذلك واجب عليه .

وقولهم : « إن ذلك ليس بتمليك » .

قلنا : ولكنه صدقة بنص الشارع فكان حكمها ما بينا ، ويمكن تنزله على ما ذكرنا فنزل ذلك منزلة مسح الخفين وغسل الرجل .

وقولهم :« إن هذا تفويض الشرع إلى رأى العباد » .

قلنا : قد ورد مثل هذا فى تفاصيل العبادات والجزئيات منها ، وان لم يرد فى الكليات ، ألا ترى أن اللّه تعالى ذكر ثلاث أشياء فى كفارة اليمين وجعل تعيينها إلى رأى العبد ، وأيضاً فان مَنْ أتى بالركوع بأدنى ما ينطلق عليه الاسم فعل الواجب على أصولهم ، ولو أطال كان الكل واجباً .

وكذلك قالوا فى قيام الصلاة : إذا قام بقدر آية أو ثلاث آيات يكون هو الواجب عندهم ، وإذا قام وقرأ الفاتحة يكون جميعه واجباً ، وهذا أيضاً تفويض بقدر الواجب إلى رأى العبد . واللّه أعلم .

* * *

(مسألة)

العاصي (*) بسفره لا يترخص برخص المسافرين عندنا [١] .

وعندهم : يترخص [٢] .

لنا : قوله تعالى : ﴿ فمن اضطر غير باغ ولا عاد فلا إثم عليه ﴾ [٣] .

وقال تعالى في موضع آخر : ﴿ غير متجانف لإثم ﴾ [٤] ، والعاصي بسفره باغٍ وعادٍ ومتجانفٍ لإثم ولا يطلق له الضرورة ما أطلق للمضطر ، ولأن السفر عذر مبيح للقصر والفطر فإذا كان معصية لم يكن عذراً .

دليله السكران فإنه لما كان زوال العقل عذراً في سقوط الخطاب فإذا كان بمعصية لم يكن عذراً ، كذلك هاهنا .

(*) مثل السفر لقطع الطريق أو المرأة إذا نشزت عن زوجها أو للتجارة في الخمر والمخدرات والمحرمات .

(١) الأم : ١/١٦٣ ، روضة الطالبين : ١/٣٨٨ ، النكت ورقة ٥٣/ب، حلية العلماء : ٢/١٩١ ، المهذب : ١/١٤٣، المجموع : ٤/٢٠٢ وهو قول أحمد ، ومالك في المشهور عنه : الكافي في فقه أهل المدينة : ١/٢٤٤ ، الاشراف للبغدادي : ١/١١٦ ، المغني : ٣/١١٥ ، المنتقى للباجي : ١/٢٦١ ، الافصاح : ١/١٥٧ .

(٢) مختصر القدوري : ١/١١٣ ، بدائع : ١/٢٨٧ ، الهداية الاسرار لأبي ورقة ٦٢/أ مراد ملا .

وهو رواية زياد بن عبد الرحمن عن مالك ، المنتقى للباجي : ١/٢٦٠ وقال : هو كأكل الميتة .

(٣) سورة البقرة :آية (١٧٣) .

(٤) سورة المائدة (٣) : ﴿ فمن اضطر في مخمصة غير متجانف لإثم فإن الله غفور رحيم ﴾ .

يبينه أن المعنى المخيل فى ثبوت العذر بالسفر هو المشقة ، والمشقة مشعرة بالتخفيف ، والمعصية لا تكون سبباً للتخفيف بحال ، لأن المعاصى أسباب للتشديد فلا توجب ضدها من التخفيف .

والحرف الوجيز : ان المعصية واجب تركها فلم تصلح عذراً لسقوط واجب عليه . لأن ما كان واجباً تركه لا يصلح عذراً لترك واجب آخر .

لأنه لو أطلق ترك واجب لكان الأولى أن يطلق فعل نفسه .

وإذا لم يكن فعل نفسه مطلقاً ، فكيف يطلق ترك غيره أو فعل غيره ؟ وقد قالوا : إن هذا التخفيف الثابت بالسفر إعانة على السفر فإذا كان السفر معصية وجب تركه ، لم يجز إثبات الإعانة عليه .

لأن الإعانة على المعصية معصية ، فهذه كلمات قوية فى غاية الإخالة.

وأما حجتهم :

تعلقوا بظاهر قوله : ﴿ فمن كان منكم مريضاً أو على سفر فعدة من أيام أخر ﴾ (١) ، فقد جعل مطلق السفر عذراً فمن زاد عليه صفة الإباحة فقد قيد مطلقاً بزيادة عليه ، والزيادة على المطلق تقييد ، والتقييد نسخ على ما عُرِف (٢) فى مواضع كثيرة . وأما المعني قالوا : لا معصية فى نفس السفر فجاز أن يكون مقيداً للرخصة المتعلقة به ، دليله إذا كان السفر مباحاً ، وإنما قلنا : لا معصية فى نفس السفر ، لأن حقيقة السفر قصده بالسير إلى مكان بعينه بينه وبينه مسيرة محدودة ، وهذا لا معصية فيه ، وإنما المعصية فى نية الإغارة وقطع الطريق ، وهذا معنى وراء السفر فصار هو عاصياً فى سفره لا عاصياً بسفره فلم يمنع تعلق الرخص بسفره (٣) .

---

(١) سورة البقرة : آية (١٨٤) .

(٢) الاسرار لأبى زيد ورقة ٦٢/أ وقد استدل بالآية المذكورة .

(٣) نقلاً من الاسرار (ببعض التصرف) ورقة ٦٢/ب مراد ملا .

(وصار هذا كما لو لبس خفاً مغصوباً يطلق له المسح على الخف ، لأنه لا معصية فى حقيقة اللبس ، لأن حقيقته ستر موضع الغسل من القدم ولا معصية فى الفعل من حيث الستر ، وكذلك مَنْ صلى فى / الأرض المغصوبة صحت صلاته ، لأنه لا معصية فى الفعل من حيث الصلاة فجازت صلاته ، كذلك هاهنا لا معصية فى الفعل من حيث السفر فأفاد الرخص .

٣٤/ب

قالوا : وأما السكران فنفس الشرب معصية فإذا زال عقله لم يصر عذراً فى سقوط الخطاب ، فتوجه الخطاب عليه مثل ما يتوجه على غير السكران) (١) .

ولهم مسائل إلزامية فى هذه المسألة سوى هاتين المسألتين غير أن هاتين المسألتين أقواها ، والخروج عن المسائل الباقية سهل على ما ذكرناها فى التعليق فاختصرنا على هاتين المسألتين ، ولا بد من الإعتناء فى الجواب عنهما هذا جملة تحقيقهم .

الجواب :

إنَّا قد بيَّنا أنه عاص بسفره ، لأنه قصد المكان الذى عينَه لقطع الطريق أو لتجارة فى الخمر ، والسفر يصير سفراً بقصده ، فإذا قصد بسفره المعصية صار السفر معصية . وهم يقولون : نقل الخُطَى ليس بمعصية فى نفسها ونفس الخُطَى بقصده مكاناً بعينه صار سفراً والمعصية أمر وراء هذا (٢) .

---

(١) ما بين القوسين نقلاً من الاسرار مع (بعض التصرف) ورقة ٦٢/ب مراد ملا .

(٢) انظر : الاسرار لأبى زيد ورقة ٦٢/ب مراد ملا .

قلنا : القصد لغرض إلى المكان الذى عينّه شرط ليكون المفعول سفراً ، والغرض معصية ، فصار السفر سفراً بما هو معصية .

والدليل على أنه لا بد من الخروج إلى المكان الذى عينّه لغرض أنه لو خرج إلى ذلك المكان لا لغرض، نقول : لا يترخص برخص المسافرين وينزل منزلة الهائم الذى لا يدرى أين يتوجه فى سفره ، ولا يمكن تمشية المسألة الا بهذا، وهذا كلام فى نهاية القوة . ويتبين به أن المعصية فى نفس السفر قد وُجِد ، والحرف ما ذكرنا أن ما به صار السفر سفراً معصية ، وخرج على هذا الصلاة فى الأرض المغصوبة لأن ما به صار فعله صلاة ليس بمعصية انما المعصية فى شغله أرض الغير ، ولم يصر الفعل صلاة بهذا .

وقد أجاب بعض مَنْ يدعى التحقيق من المتأخرين عن هذه المسألة وقال : القياس أن لا تجوز صلاته لكنا جوّزنا بالإجماع ، وهذا مردود لا يلتفت اليه عالم ، وكيف يدعى الإجماع ، وقد ذهب جماعة كثيرة من علماء الأمة إلى إفساد هذه الصلاة وليس تتأتى مسالك الفقه لكل واحد ، ولا ينبغى أن يُغتر بطنطة الناس وتزخرفهم فى عباراتهم ، فان مع أكثرهم دعاوى عريضة وعجز ظاهر ، وتهالك على الألفاظ المروقة من غير طائل . واللّه العاصم بمنه .

وأما مسألة لبس الخف المغصوبة فلا نسلمها على ما ذكرها ابن القاص (١) وهو الأصح (٢) . وأما تعلقهم بالأية فهى محمولة على السفر المباح ودعواهم النسخ بإثبات قيد المطلق كلام تكلمنا عليه مراراً فى المسائل . واللّه أعلم بالصواب .

---

(١) ابن القاص : هو أحمد بن أبى أحمد أبو العباس الطبرى الشافعى المعروف بابن القاص ، له كتاب التلخيص ،وأدب القاضى .

انظر : الانساب للسمعانى : ٣٠٣/١ ، سير أعلام النبلاء : ٣٧١/٥ ، شذرات الذهب فى أخبار من ذهب : ٣٣٩/٢

(٢) ذكره فى النكت ورقة ٥٤/أ .

(مسألة)

تارك الصلاة يُقتل عندنا (١) .

وعندهم : لا يُقتل لكن يعزر ويؤدب (٢) .

---

(١) مختصر المزني مع الأم : ١٦٧/١ ، المجموع : ١٥/٣ ، ١٧ ، المهذب : ٧٧/١ ، حلية العلماء : ١٠/٢ ، النكت : ٦٩/أ ، ب ، شرح النووي على مسلم : ٧٠/٢ .

وهو قول مالك وأحمد ، المغني : ٣٥١/٣ - ٣٥٥ ، الكافي في فقه أهل المدينة : ١٠٩٢/٢ .

وعندهم يستتاب : ويمهل فان تاب والا قُتل حداً .

قال الخطابي في المعالم : « التروك على ضروب : منها ترك جحد للصلاة وهو كفر بالإجماع ، ومنها ترك نسيان ، وصاحبه لا يكفر باجماع الأمة ، ومنها ترك عمد من غير جحد فهذا قد اختلف الناس فيه :

فذهب ابراهيم النخعي وابن المبارك ، وأحمد بن حنبل ، وإسحاق بن راهويه إلى أن تارك الصلاة عمداً من غير عذر حتي يخرج وقتها كافر .

وقال أحمد : لا نُكفِّر أحداً من المسلمين بذنب الا تارك الصلاة .

وقال مكحول والشافعي : تارك الصلاة مقتول كما يُقتل الكافر ولا يخرج بذلك عن الملة ، ويُدفن في مقابر المسلمين ، ويرثه أهله ، إلا أن بعض أصحاب الشافعي قال : « لا يُصلَّى عليه إذا مات » ....

وقال أبو حنيفة وأصحابه : تارك الصلاة لا يُكفَّر ولا يُقتل ، ولكن يحبس ويُضرب حتى يُصلِّى » ا هـ . المعالم : ٥٨/٥

(٢) الاسرار لأبي زيد ورقة ٧٥ /أ مراد ملا ، مختلف الرواية ورقة ٣٢/أ

رؤوس المسائل ص ١٨٩ ، تنوير الابصار مع حاشية ابن عابدين : ٣٥٢/١ ، ٣٥٣ ، اللباب في الجمع بين السنّة والكتاب : ١٨٣/١

لنا : الحديث الصحيح وهو قوله عليه السلام : « العهد الذى بيننا وبينهم الصلاة فمَنْ تركها متعمداً فقد كفر »[1] ، وروى مطلقًا : « مَنْ ترك الصلاة متعمداً فقد كفر » .

فالخبر قد تضمن إلزام الكفر وإلزام القتل ، وقد قام الدليل أنه لا يكفر فبقى القتل لازماً ، وهذا استدلال ضعيف ، لأن الخبر لم يتضمن إلا الكفر نصاً .

فأما القتل فوجوبه فى ضمنه حكماً له ، فإذا لم يلزم الكفر سقط ما فى ضمنه .

---

(١) هذا الحديث مكون من حديثين :

الجزء الأول منه : « العهد الذى بيننا وبينهم الصلاة فمن تركها فقد كفر » رواه مسلم فى صحيحه : ٧١/٢ مع النووى فى باب اطلاق اسم الكفر على مَنْ ترك الصلاة .

وأبو داود فى سننه : ٥٨/٥ مع المعالم ، فى باب رد الإرجاء .

والترمذى فى سننه : ٨٩/١ . مع عارضة الأحوذى فى باب ما جاء فى ترك الصلاة .

وابن ماجه فى سننه : ٣٤٢/١ فى باب ما جاء فى مَنْ ترك الصلاة .

والدرامى فى سننه : ١/ ٢٨ .

والامام أحمد فى مسنده : ٣/ ٣٧ ، ٣٨٩

الجزء الثانى : وهو قوله : « فمَنْ تركها متعمداً فقد كفر » .

قال الحافظ فى التلخيص : « حديث مَنْ ترك الصلاة متعمداً فقد كفر » رواه البزار من حديث أبى الدرداء بهذا اللفظ ، ساقه من الوجه الذى أخرجه منه ابن ماجه باللفظ السابق : ١٣٣٩/٢ ، وله شاهد من حديث الربيع بن أنس عن أنس عن النبى عليه السلام قال : « مَنْ ترك الصلاة متعمداً فقد كفر جهاراً » .

سئل الداقطنى فى العلل عنه ، فقال : « رواه أبو النضر عن أبى جعفر عن الربيع موصولاً ، وخالفه علىّ بن الجعد فرواه عن أبى جعفر عن الربيع مرسلاً وهو أشبه » ا هـ : ١٤٨/٢

يبينه أن القتل ان وجب بالخبر فيكون وجوبه على انه واجب الكفر ، ولا يستقيم إيجاب واجب الكفر بلا كفر .

وقال بعضهم فى وجه الإستدلال بالخبر : إن تعطيل الخبر لا سبيل إليه ولا بد من العمل به من وجه ، وقد اتفقنا نحن وأنتم على أنه لا يكفر فلم يبق إلا التشبيه بالكفر فى إلزام خاصيته فيكون فى التقدير : مَنْ ترك الصلاة متعمداً فقد كفر - أى ضاهى الكفار وأشبههم فى المضاهاة فى إلتزام عقوبة الكفر لا فى نفس الكفر ، وعلى هذا لا نقول ان الواجب عقوبة الكفر لكنه عقوبة ترك الصلاة لكنه عقوبة مثل عقوبة الكفر ، وهذا كلام لا بأس به ، وان تضمن ترك ظاهر الخبر ، وما يدل عليه من حديث النص .

وقد تعلق المخالفون من حيث السُنَّة بقوله عليه السلام : « لا يحل دم امرئٍ مسلم الا باحدى ثلاث .... » [1] الخبر .

قالوا : ولم يوجد من تارك الصلاة واحد من الثلاث فلم يقتل ، ونحن نقول : قد وجد ترك الإيمان من وجه ، فإن الصلاة إيمان بنص الكتاب . قال الله تعالى : ﴿ وما كان الله ليضيع إيمانكم ﴾ [2] .

وقد أجمع أهل التفسير أن المراد به الصلاة [3] فعلى هذا وجد ترك

---

(١) رواه البخارى فى صحيحه : ٢٠١/١٢ مع الفتح فى باب قول الله تعالى : ﴿ أن النفس بالنفس ﴾ .
ومسلم فى صحيحه : ١٦٤/١١ ، مع النووى فى باب ما يباح به دم المسلم .
وأبو داود فى سننه : ٥٢٢/٤ مع المعالم فى باب الحكم فيمن ارتد .
والترمذى فى سننه : ٢/٩ مع عارضة الأحوذى فى باب ما جاء لا يحل دم امرئ مسلم .
والنسائى فى سننه : ٨٤/٧ ، ٩٣ ، ٩٤ ، ٩٥ فى باب ذكر ما يحل به دم المسلم .
وابن ماجه فى سننه : ٨٤٧/٢ ، الدارمى فى سننه : ٢١٨/٢
والامام أحمد فى مسنده : ٦١/١ ، ٦٣ ، ٦٥ ، ٧٠ ، ١٦٣ ، ٣٨٢ ، ١٨١/٦ ، ٢١٤
(٢) سورة البقرة آية (١٤٣) .
(٣) تفسير ابن جرير الطبرى : ١٦/٢ ، ١٧

الإيمان بترك الصلاة ، وعلى أن الحصر [1] بالعدد الثلاث لا يمنع إلحاق رابع / بها عند قيام الدليل عليه ، وقد كانت الواجبات فى زمن النبى عليه السلام بعرض الزيادة والنقصان ، وليس فى الخبر الذى رووه دليل على منع وجوب القتل بترك الصلاة . وقد أوجبوا القتل على الردأ فى قطع الطريق ولم يوجد منه واحد من الثلاث [2] ويباح دم القاصد إلى مال الغير ونفسه إذا لم يمكن دفعه الا بالقتل ولم يوجد منه أيضاً واحد من الثلاث .

ونعتمد فى المسألة على نوع من الاستدلال فنقول الشرع قسمان : أمر ، ونهى ، والخلاف داخل فى كل واحد من القسمين الا ان فى قسم الأمر يكون الخلاف بالترك ، وفى قسم النهى يكون الخلاف بالفعل ، والعقوبات المشروعة فى الجنايات زواجر عن الجنايات فكلما كانت الجناية أغلظ تكون العقوبة أبلغ ، وإذا كانت الجناية أخف فتكون العقوبة أخف ، وقد وجد فى الجناية فى أحد قسمى الشرع وهو النهى ما يعاقب عليه بالقتل وهو الزنا وسفك الدم ، فوجب أن توجد فى القسم الآخر ما تكون الجناية بالخلاف فيه موجباً لعقوبة القتل وليس ذلك إلا ترك الصلاة .

وهذا لأن الجناية المتناهية موجبة للعقوبة المتناهية ، والزنا وسفك الدم جناية متناهية ، لأنه لا جناية فوقهما فى قسم ارتكاب النهى الا الكفر ، كذلك إذا ترك الصلاة فقد وجد جناية متناهية ، لأنه لا جناية فوق ترك الصلاة فى هذا القسم ، وهو ترك الأمر فإذا تناهت الجناية تناهت العقوبة، والعقوبة المتناهية بالقتل المعدم للحياة أصلا فجرى وجوبه فى الطرفين ليستحق الشرع على التعديل والتسوية ولا يحكم بتناقض واختلاف ، وتصير المعانى المؤثرة فى الأحكام مطردة مستمرة ، ثم الدليل على تناهى الجناية بترك الصلاة ، أن الصلاة امتازت من بين سائر العبادات بنوع شرف وخطر لا يوجد لغيرها .

---

(١) فى المخطوط : « الحقن » ، والتصويب من المحقق .

(٢) رؤوس المسائل ص ٥٠١ ، المبسوط : ١٩٨/٩ ، بدائع الصنائع : ٤٢٨٣/٩

ويمكن أن يقال بغلبة اشتباه أصل الإيمان عليه ، الدليل على امتيازه بهذا الحظر والحرمة الاسم الشرعى والمعنى ، أما الاسم فهو ان اللّٰه تعالى سمّاها إيماناً ولم يرد هذا الاسم لشئ من العبادات سواها ، ولأن النبى عليه السلام سماها عماد الدين ، وعماد الشئ ما يكون بقاؤه به ولم يوجد هذا لغيرها .

وقال أيضاً ﷺ : « نُهيتُ عن قتل المصلين » [1] ، كما قال « أُمِرت أن أقاتل الناس حتى يقولوا لا إله إلا اللّٰه » .

ومن جهة المعنى : لأنها وظيفة دارة على درور الليل والنهار وكرورها مثل الإيمان وظيفة مستمرة على دوام الليل والنهار وقرارهما ، ولأنه لا تدخلها النيابة بنفس ولا مال مثل الإيمان سواء بخلاف الزكاة والحج والصوم على أحد القولين ، وأيضاً لا يسقط بعذر عجز ومشقة بعد إن أمكن الإتيان به بوجهٍ ما كالإيمان سواء فثبت ما قدمنا ، وتأصل الأصل واستمر واستقر .

وأما حجتهم

تعلقوا بسائر العبادات .

وقالوا : عبادة من فروع الإيمان فتركها لا يوجب القتل كسائرها .

والجواب : ما سبق .

وقد قال أبو زيد [2] : ترك الصلاة محض كف عن الفعل فلم يكن معصية بنفسه ، وإنما كان معصية بغيره ، وهو أنه ترك مأموراً به وما صار معصية بمعنى فى غيره لم يوجب العقوبة ، وهو مثل تناول مال الغير لما لم يكن معصية لعينه ، وانما صار معصية لتعلق حق الغير بالمحل لم يكن

---

(١) رواه الدارقطنى فى سننه : ٢/٥٥

وأبو داود فى سننه : ٢٢٤/٥ مع المعالم فى باب فى الحكم فى المخنثين .

(٢) انظر : الأسرار ورقة ٧٥/أ ، ب مراد ملا .

موجباً للعقوبة وهذا ليس بشئ ، لأن الكف من الفعل معصية بنفسه إذا اتصل الأمر بالفعل المكفوف عنه كالكف عن الفعل طاعة بنفسه إذا اتصل الأمر به وذلك فى الصوم .

وهذا لأن هذه جناية من حيث ترك الأمر والجناية من حيث ترك الأمر لا يتصور إلا على هذا الوجه وهو الكفّ عن الفعل المأمور به وانما صار جناية من حيث الأمر لا من حيث نفس الكف كالفعل من الزنا والقتل صار جناية من حيث النهى ، لا من حيث نفس الفعل فمتى تناهى الأمر فى المبالغة تناهت الجناية عند الترك ، كما إذا تناهى النهى فى المبالغة تناهت الجناية عند الفعل .

وقد قيل : إنه لا يتصور جناية لمعنى راجع إلى نفس الفعل ، لأنه لو كانت الجناية لنفس الفعل لم يتصور إباحته بحال ، والشرعيات قد أبيح فيها أجناس المنهيات مثل : قَتَلَ وُقتِلَ ، وَوطِءَ وَوُطِء ، وَأَخَذَ وأُخِذَ ، ولو نهى عن الشئ لعينه لم يتصور ورود الإباحة فى نفسه بحال ، فثبت أن المعتبر وجود الجناية من حيث ارتكاب النهى أو ترك الأمر ، واللّه تعالى أعلم بالصواب .

* * *

(مسألة)

/ يجوز للمرأة أن تغسل زوجها إذا (*) مات ويجوز أيضاً للزوج أن يغسل امرأته إذا ماتت (١) . ٣٥/ب

وعندهم : يجوز فى الأول ، ولا يجوز فى الثانى (٢) .

لنا : إن علياً عليه السلام غسّل فاطمة رضى الله عنها حين توفيت (٣) .

(*) قال النووى : نقل ابن المنذر فى كتابيه الإجماع والإشراف ، والعبدرى وآخرون : « اجماع المسلمين أن للمرأة غسل زوجها » .
والمجموع : ١١٨/٥ ، وقال ابن قدامة فى المغنى : قال أحمد : « ليس فيه اختلاف بين الناس» اهـ : ٤٦١/٣ ، الإجماع لابن المنذر ص ٤٦ ، وإنما الخلاف فى مسألة هل يغسل الزوج امرأته ؟

(١) مختصر المزنى ١٧٢/١ ، حلية العلماء : ٢٨٠/٢ ، ٢٨١ ، المجموع : ١١٨/٥ ، شرح السنّة : ٣٠٩/٥
وهو قول مالك ، الاشراف للبغدادى :١٤٧/١ ، الأم .
وهو المشهور عن الامام أحمد وهو قول علقمة وعبد الرحمن بن يزيد بن الأسود ، وجابر بن زيد ، وسليمان بن يسار ، وأبى سلمة بن عبد الرحمن وقتادة وحماد ومالك ، والأوزاعى وإسحاق » اهـ . المغنى : ٤٦١/٣

(٢) مختصر الطحاوى ص ٤١ ، البدائع : ٧٦١/٢
رؤوس المسائل ص ١٩٢ ، مختلف الرواية ورقه ٣٤/أ .
وهو الرواية الثانية عن الإمام أحمد ، المغنى : ٤٦١/٣

(٣) رواه البغوى فى شرح السنّة من طريق الشافعى عن إبراهيم بن محمد عن عمارة بن المهاجر ..... ٣٠٩/٥ ، وذكره المزنى فى مختصره مع الأم : ١٧٢/١
وقال الحافظ فى التلخيص : « رواه الدارقطنى من طريق عبد الله بن نافع عن محمد بن موسى عن عون بن محمد عن أمه عن أسماء » التلخيص : ١٤٣/٢
وقال أبو نعيم فى الحلية : ٤٣/٢ فى ترجمة فاطمة : حدثنا ابراهيم ثنا أبو العباس السراج ، ثنا قتيبة ، ثنا محمد بن موسى ، ثنا المخزومى به ، وسمى أم عون أم جعفر بنت محمد بن جعفر .
ورواه البيهقى من وجه آخر عن أسماء بنت عميس » ، وإسناده حسن : ٣٩٦/٣ ، التخليص الحبير : ١٤٣/٢

وذكر البيهقى فى سننه آثاراً عن بعض الصحابة والتابعين : ٣٩٧/٣

وهذا بحضرة من الصحابة وعلمهم ، ولم ينكر عليه أحد فصار إجماعاً منهم [1] .

قالوا : ويجوز أن يكون معنى قوله : « غسَّلها » أى أعان على غسلها وعلى أن فاطمة رضى الله عنها كانت زوجة لعلى رضي الله عنه فى الدنيا والآخرة [2] .

فإنما غسَّلها لبقاء الزوجية ، وهذا لا يوجد فى غيرهما .

قالوا : وعلى أنه روى أن فاطمة عليها السلام اغتسلت ثم تمددت وتوفيت [3] واكتفوا بغسلها ذلك كرامة لها ، وكانت معرفتها بوقت فواتها [4] واكتفائها بغسلها بإخبار النبى ﷺ .

الجواب :

إن كل ما قالوه ضعيف .

أما الأول فنقول : إن المروى أنه غسَّلها ، والإعانة على الغسل لا تكون غسلاً .

وأما الثانى : قلنا : نحن نقطع بانقطاع الزوجية بالموت ، لأن الزوجية من أحكام الدنيا . فأما القول ببقاء عقد النكاح بعد الموت والإنتقال إلى

---

(١) المغنى : ٤٦١/٣ ، المجموع : ١١٨/٥ ، الاشراف للبغدادى : ١٤٧/١

(٢) ذكره الكاسانى فى بدائعه : ٧٦٥/٢

(٣) روى أبو نعيم فى الحلية عن عبد الله بن محمد بن عقيل : « أن فاطمة رضى الله عنها لما حضرت الوفاة أمرت علياً فوضع لها غُسلاً فاغتسلت وتطهَّرت ودعت بثياب أكفانها ، فأتيت بثياب غلاظ خشن فلبستها ومست من الحنوط ، ثم أمرت علياً أن لا تُكشف إذا قبضت وأن تدرج كما هى فى ثيابها » الحلية : ٤٣/٢

(٤) كذا فى المخطوط والصواب : « وفاتها » .

الآخرة فمقال محال ، والآخرة لا تكون دار الأنكحة ، وما عهد فى الجنة والنار تزويج ولا بقاء تزويج .

وأما الثالث : فهو من نقل الروافض .....[1] فلا نعرف ذلك ، وإنما نهاية الرواية أن النبى عليه السلام قال لها : « أنت أول أهلى لحاقاً بى »[2] . فأما ما يقال أنه أخبرها بوقت وفاتها وأمرها بالإغتسال قبل الموت والإكتفاء بذلك فلا يُعرف ، وما رأينا تعجيل غسل الميت قبل الموت وهذا لأن الواجب غسل الميت فلا بد من وجوده فى ميت وهذا الأثر معتمد .

وأما المعنى : نقول الغسل حق الميت ولا بد من قائم به ، ثم الزوج إذا مات قامت المرأة بغسله قضاء لحقه ، فكذلك إذا ماتت المرأة يقوم الزوج بغسلها قضاء لحقها لأن حق النكاح ثابت من الجانبين ، فإذا بقى هذا الحق عليها له بعد موته فليبق لها عليه بعد موتها .

ونقول فى التحرير : حق ثبت لأحد الزوجين قبل صاحبه فثبت للآخر قبله.

دليله سائر الحقوق ونعين الوطء فى القياس عليه ، والتعليل للمسّ غسلاً .

ونقول أيضاً : المفاقهة أن الميت محل اللمس حِلاً وحرمة .

ألا ترى أنه يحل للرجل غسل الرجل ولمسه ، ولا يحل للمرأة ، وكذلك المرأة مع المرأة ، وإذا كان محل الحل والحرمة فى حق اللمس عمل عقد النكاح فى إباحته وعمل التجانب فى تحريمه كاللمس والوطء فى حال الحياة، وهذا لأن النكاح عامل فى إثبات كل حل يقبل الثبوت كالتجانب عامل فى كل حرمة تقبل الإثبات .

---

(١) بياض فى المخطوط .

(٢) رواه أبو نعيم فى الحلية : ٢/ ٤٠ من طريق أبى مسلم الكشى عن ابن عباس .

وأما حجتهم :

قالوا : حل اللمس مستفاد بالنكاح فيزول بزواله ، دليله حل الوطء . يبينه : أن حل الغسل لا بد فيه من سبب ولا سبب هاهنا لأن السبب كان هو النكاح وقد ارتفع ، وصار كالعدم ، وإنما قلنا ذلك لأن النكاح إنما بقى فى محل النكاح والميت ليس بمحل النكاح لأنه جماد .

ولأنه أدنى من البهيمة فيستحيل أن يكون محلاً للنكاح ، لأن النكاح ملك فلا يبقى المِلك إلا فى محل الحياة كِملك اليمين ، ولا يُتصور بقاؤه فِى الميت .

ويدل عليه أنه يجوز له نكاح أختها وأربع سواها ، ولو أن النكاح ارتفع لم يحل لأنه يصير جامعاً بين أختين نكاحاً أو بين خمس نسوة نكاحاً .

قالوا : وتصور فيما لو ماتت المرأة وتزوج هو بأختها فى الحال ، ثم إنه غسَّلها يجوز عندكم ، وهو يؤدى إلى الجمع بين الأختين استحلالاً فى اللمس ، وليس كما لو مات الزوج ، لأن النكاح هناك قائم لقيام العدَّة وهذا لأن العدَّة حق النكاح ، وإن أشكل هذا فى عدَّة الطلاق فلا إشكَال فى عِدَّة الوفاَة ، لأنه تجب سواء وُجِدَ الماء أو لم يوجَد .

والنكاح مجموع حقوق : فإذا بقى حق له حُكِم ببقاء النكاح فى ذلك الحق . وأما موته فلا يمنع بقاء النكاح من هذا الوجه ، لأنه مالك ، والمالك يجوز أن يبقى له الملك بعد موته ، بدليل ما لو كان على إنسان دَيْن ومات تبقى تركته على ملكه لحقه ، ولأنَّا نجعل ملكه لوارثه على طريق الخلافة ، وفى جعل الملك للوارث على طريق الخلافة (وفى جعل الملك للوارث على طريق الخلافة) [1] إبقاء الملك للميت من وجه وهذا يستقيم فى مِلك اليمين لأنه يقبل الخلافة فيه .

---

(١) ما بين القوسين فيه تكرار لما قبله ولعله وقع سهواً من الناسخ .

وأما ملك النكاح لا يقبل الخلافة فبقى للزوج وظهر عمله فيما يمكن إظهار عمله إلا أنه يبقى ما بقيت العدّة ، فإذا ذهبت العدّة وحكم بانقطاع فراش النسب ، وحلّت للأزواج لم يُتصور بقاء النكاح .

قالوا : / وأما قولهم ان الميت محل الحل والحرمة فى اللمس ، فليس كذلك ، وقد خرج بالموت عن محلية مثل هذه الأشياء ، وإنما حل الغسل لضرورة ولولا الضرورة لم يحل والنكاح عقد استحلال فإذا لم يكن الميت محلاً للحلّ بحال لم يُتصور بقاء النكاح المعقود للحلّ . ٣٦/أ

الجواب :

إن قولهم : « إن النكاح ارتفع بموتها » .

قلنا : وقد ارتفع بموته فكما ينافى محلية النكاح منكوحاً ينافى محلية النكاح ناكحاً ولا يُتصور ، ولا يعقل ميت ناكح فلم يعقل أيضاً بقاء النكاح له بعد موته .

وأما العدّة فتعبد شرعى وجب لإظهار حُرمة نكاح سبق عقده مثل الشهادة تعبد شرعى وجب لإظهار حُرمة نكاح عقده .

فإن قالوا : أبحنا الغسل لنفس العدّة ، وهى علقة عظيمة ، ولأنها وجبت بالنكاح السابق ولم توجد هذه العلقة إذا ماتت .

قلنا : إذا طلّقها ثلاثاً فى المرض وماتت عقيبه وهى فى العدّة لا يطلق لها الغسل والعدّة موجودة .

يبينه أن العدّة عندهم حق النكاح سواء كانت واجبة من طلاق أو وفاة والتمسك بجانب الزوج فى نهاية القوة .

وأما المعنى الذى بيّناه فهو صحيح أيضاً يمكن الإعتماد عليه .

وقولهم : « إنه ليس بمحل الحل » .

قلنا : قد بيّنا المحلية .

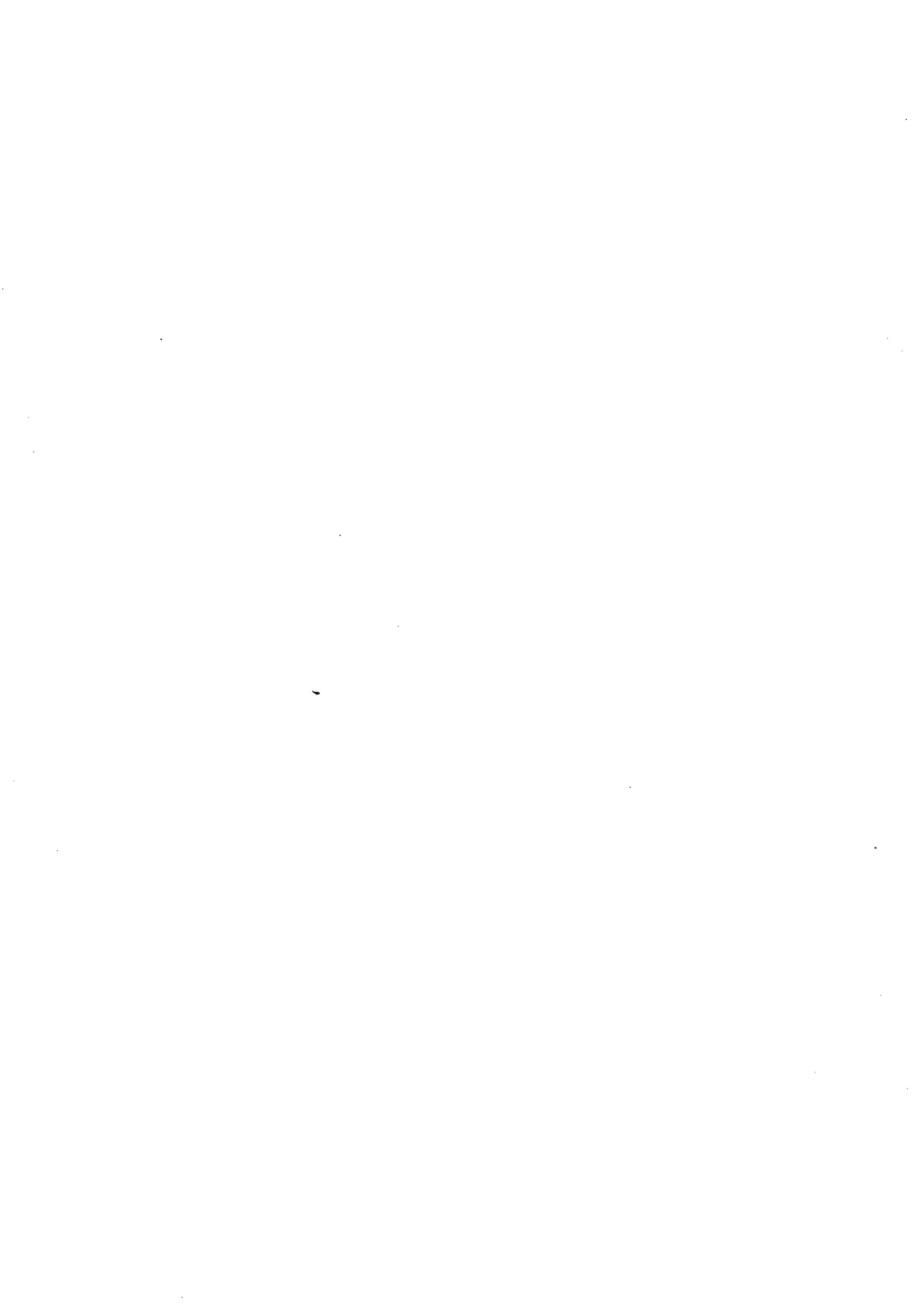
وقولهم : « إنه جاز للضرورة » .

قلنا : شرع الغسل لا يقال له ضرورة إنما يقال : بقاء حلّ لإقامة شرع ، وبقاء الحلّ لإقامة الشرع لا يسمى ضرورة مثل الحلّ فى حال النكاح لايقال ضرورة لأجل الوطء ، وعلى هذا نقول : إن النكاح إما أن يُحكم ببقائه حكماً فى هذا الحكم الخاص بدليل قام عليه ، أو يقال ان النكاح قد ارتفع ولكن عمل فى إثبات هذا الحكم بعد الموت لأنه لا يوجد إلا بعد الموت كما عمل فى إثبات الإرث بعد الموت ، لأنه لا يوجد إلا بعد الموت وهذا كلام معتمد فليعمل به ، والله تعالى أعلم بالصواب .

* * *

الفهارس الكاملة للكتاب

* * *



فهرس الآيات القرآنية (*)

---

(١) رتبت الآيات حب ورودها بالمصحف الشريف .

الصفحة

الصفحة

الصفحة

* * *

فهرس الأحاديث النبوية

الصفحة

الصفحة

الصفحة

* * *

فهرس الأعلام

(أ)

(ج)

(ح)

(س)

(ش)

(ض)

(ط)

(ع)

(ن)

(هـ)

(و)

(ى)

* * *

مسائل الكتاب

الصفحة

كتاب الطهارة

(٤٢ - ١٦٤)

كتاب الصلاة

(١٦٥ - ٣٢٨)



ثبت المراجع

- القرآن الكريم

- أحكام القرآن

أبو بكر أحمد بن على الرازى الجصاص .

مطبعة دار الفكر - بيروت .

- أحكام القرآن

أبو بكر محمد بن عبد الله المعروف بابن العربى المالكى

تحقيق / على محمد البجاوى

مطبعة عيسى البابى الحلبى - مصر

- الإحكام فى أصول الأحكام

سيف الدين أبو الحسن على بن أبى على بن محمد الأموى

مطبعة محمد على صبيح سنة : ١٣٨٧ هـ - القاهرة

- الأزهيّة فى علم الحروف

على بن محمد الهروى

تحقيق / عبد المعين الملوحى

مطبوعات مجمع اللغة العربية - دمشق - سنة : ١٤٠١ هـ

- الاستذكار لمذاهب فقهاء الأمصار وعلماء الأقطار فيما تضمنه الموطأ من معانى الآثار

أبو عمر يوسف بن عبد الله بن عبد البر

تحيقي / الأستاذ على النجدى ناصف

لجنة إحياء التراث الإسلامى - مصر

- الأسرار

أبو زيد عبد الله بن عمر الدبوسى

مخطوط

نسخة شهيد على ، برقم ٦٧٩ - السليمانية - استانبول

نسخة مرادملا ، برقم . ٧٥ - مرادملا - استانبول

- أسنى المطالب شرح روض الطالب

أبو يحى زكريا الأنصارى

الناشر : المكتبة الإسلامية ، الحاج رياض الشيخ

- الاشراف على مسائل الخلاف

عبد الوعاب بن على بن نصر البغدادى المالكى

مطبعة الإرادة ، تونس

- أصول السرخسى

أبو بكر محمد بن أحمد بن أبى سهل السرخسى

تحقيق / أبو الوفاء الأفغانى

دار المعرفة - ببيروت ، سنة : ١٩٧٣ م

- الإعتبار فى الناسخ والمنسوخ من الآثار

أبو بكر محمد بن موسى بن عثمان بن حازم الهمذانى

علق عليه راتب حاكمى

ط ١ ، مطبعة الأندلسى ، حمص ، ١٣٨٦ هـ

- الإفصاح عن معانى الصحاح

أبو المظفر يحيى بن محمد بن هبيرة الحنبلى

الناشر : المؤسسة السعودية - الرياض

- الأنساب

أبو سعد عبد الكريم بن محمد بن منصور المسعانى

تحقيق / عبد الرحمن بن يحيى المعلمى ، ط ١ سنة : ١٣٨٢ هـ

- الأم

أبو عبد الله محمد بن إدريس الشافعى

دار الشعب - مصر

- الإنصاف فى معرفة الراجح من الخلاف على مذهب الإمام أحمد بن حنبل

علاء الدين أبو الحسن على بن سليمان المرداوى

تحقيق / حامد الفقى ، ط ٢ ، سنة : ١٤٠٠ هـ

- البحر الرائق شرح كنز الدقائق

زين الدين ابن نجيم الحنفى
الناشر : دار المعرفة - بيروت ، ط ٢
- بدائع الصنائع فى ترتيب الشرائع
علاء الدين أبو بكر بن مسعود الكاسانى الحنفى
الناشر : زكريا على يوسف ، مطبعة الإمام - القاهرة
- البداية مع فتح القدير
على بن أبى بكر المرغينانى
انظر : فتح القدير
- بداية المجتهد ونهاية المقتصد
أبو الوليد محمد بن أحمد بن محمد بن أحمد بن رشد القرطبى المالكى
دار الفكر - بيروت
- البداية والنهاية
أبو الفداء ابن كثير الدمشقى ، ط ٢ ، سنة ١٩٧٧ م
مكتبة المعارف - بيروت
- تأسيس النظر
أبو زيد عبد اللّه بن عمر الدبوسى
الناشر : زكريا يوسف - مكتبة الإمام - القاهرة
- تحفة الأحوذى شرح سنن الترمذى
أبو العلي محمد بن عبد الرحمن المباركفورى

عنى بنشره / الحاج حسن إيرانى
- التحقيق فى إختلاف الحديث
ابن الجوزى
تحقيق / محمد حامد الفقى
ط ١ سنة ١٣٧٣ هـ ، مطبعة السنة المحمدية
- تذكرة الحفاظ
شمس الدين أحمد بن محمد الذهبى
دار إحياء التراث الإسلامى - بيروت
- تفسير الطبرى « جامع البيان عن تأويل القرآن »
أبو جعفر محمد بن جرير الطبرى
ط ٣ ، ١٣٨٦ هـ ، مكتبة ومطبعة مصطفى البابى الحلبى - مصر
- تفسير الفخر الرازى « مفاتيح الغيب »
محمد الرازى فخر الدين بن ضياء الدين عمر الشهير بخطيب الرى
مصور عن الطبعة الأولى سنة : ١٤٠١ هـ
الناشر : دار الفكر - بيروت
- تفسير القرطبى « الجامع لأحكام القرآن »
أبو عبد الله محمد بن أحمد القرطبى
ط ٣ مصورة عن طبعة دار الكتب المصرية
دار الكتاب العربى سنة : ١٣٨٧ هـ

- تقريب التهذيب

أحمد بن على بن حجر العسقلانى

ط ١ ، سنة : ١٣٩٣ هـ

دار نشر الكتب الإسلامية ، كوجرا نواله - باكستان

- تقويم الأدلة

أبو زيد عبد اللّه بن عمر الدبوسى

مخطوط برقم ٢٥٥ - نسخة القدسى

- تنور الأبصار

شمس الدين محمد بن عبد اللّه بن أحمد الغزى الحنفى

أنظر : رد المختار

- تهذيب التهذيب

أحمد بن على بن حجر العسقلانى

ط ١ ، حيدر آباد الدكن - الهند ، سنة : ١٣٢٥ هـ

- الجامع الصحيح

أبو عبد اللّه محمد بن إسماعيل البخارى

تحقيق / محمد فؤاد عبد الباقى و محب الدين الخطيب

المطبعة السلفية - القاهرة سنة : ١٣٨٠ هـ

انظر : فتح البارى

- جزء القراءة خلف الإمام

أبو عبد الله محمد بن إسماعيل البخارى
الناشر : جميعة محمد بمبى .

- جمع الجوامع
عبد الوهاب ابن السبكى
دار الكتب العلمية - بيروت

- الجواهر المضيئة فى تراجم الحنفية
أبو محمد عبد القادر بن محمد
تحقيق / عبد الفتاح الحلو
مطبعة عيسى البابى الحلبى - القاهرة - سنة : ١٣٩٨ هـ

- حاشية العلامة البنانى على جمع الجوامع
ج ٢ ، مطبعة مصطفى البابى الحلبى - مصر - سنة : ١٣٥٦ هـ

- الحجة على أهل المدينة
محمد الحسن الشيبانى
تحقيق / مهدى حسن الكيلانى
ط١ ، مطبعة المعارف الشرقية - الهند ، سنة : ١٣٩٠ هـ

- حلية الأولياء وطبقات الأصفياء
أبو نعيم أحمد بن عبد الله الأصبهانى
دار الكتاب العربى - بيروت - ط ٣ ، سنة : ١٤٠٠ هـ

- حلية العلماء فى معرفة مذاهب العلماء

سيف الدين أبو بكر محمد بن أحمد الشاشى القفال

تحقيق / د . ياسين أحمد إبراهيم

مؤسسة الرسالة ، دار الأرقم ، ط١ ، سنة : ١٤٠٠ هـ

- خزانة الأدب ولب لباب لسان العرب

عبد القادر بن عمر البغدادى

دار صادر - بيروت

- الدارية فى تخريج أحاديث الهداية

أحمد بن على بن حجر العسقلانى

تعليق : عبد الله هاشم يمانى

مطبعة الفجالة ، القاهرة سنة ١٣٨٢ هـ

- ردا تحتار (حاشية ابن عابدين)

محمد بن أمين الشهير بابن عابدين

ط٢ مطبعة مصطفى البابى - القاهرة ، سنة : ١٣٨٦ هـ

- روضة الطالبين

أبو زكريا يحيى بن شرف النووى الشافعى

ط ١ ، المكتب الإسلامى - بيروت ، سنة : ١٣٩٥ هـ

- رؤوس المسائل

أبو القاسم محمود بن عمر الزمخشرى

تحقيق : عبد الله نذير أحمد

ط١ ، دار البشائر الإسلامية - بيروت ، سنة : ١٤٠٧ هـ

- سنن أبى داود « مع المعالم »

أبو داود سليمان بن الأشعث بن إسحاق الأزدى

إعداد : عزت عبيد الدعاس

ط ، دار الحديث - بيروت - ١٣٨٨ هـ

- سنن ابن ماجه

أبو عبد الله محمد بن يزيد القزوينى

تحقيق / محمد فؤاد عبد الباقى

مطبعة عيسى البابى - مصر

- سنن الترمذى

أبو عيسى محمد بن عيسى بن سورة الترمذى

أنظر : تحفة الأحوذى وعارضة الأحوذى

- سنن الدارقطنى

على بن عمر الدارقطنى

تحقيق / عبد الله هاشم يمانى

شركة الطباعة الفنية ، مصر سنة : ١٣٨٦ هـ

- سنن الدارمى

أبو عبد الله محمد بن عبد الله بنت نهزام الدارمى

طبع بعناية / محمد أحمد وهمان

دار إحياء السنة النبوية
- السنن الكبرى « سنن البيقهي » .
أبو بكر محمد بن الحسين بن على البيهقي .
مصورة عن الطبعة الأولى - دار الباز للنشر - السعودية .
- سنن النسائى « المجتبى » .
أبو عبد الرحمن أحمد بن شعيب النسائى .
مكتبة البابى الحلبى القاهرة ، ط ١ ، سنة ١٣٨٣ هـ .
- سير أعلام النبلاء .
شمس الدين محمد بن أحمد بن عثمان الذهبى .
تحقيق / شعيب الأرناؤوط ، إبراهيم الزئبق .
مؤسسة الرسالة ، ط ١ ، بيروت .
- شذرات الذهب فى أخبار من ذهب .
أبو الفلاح عبد الحي بن الغماد الحنبلي .
منشورات دار الآفاق الجديد - بيروت .
- شرح تنقيح الفصول فى اختصار المحصول فى الأصول .
شهاب الدين أبو العباس أحمد بن إدريس القرافي .
تحقيق / طه عبد الرؤوف سعد .
مكتبة الكليات الأزهرية - دار الفكر - القاهرة .
- شرح السنة .

أبو الحسين بن مسعود الفراء البغوي .
تحقيق / شعيب الأرناؤوط .
المكتب الإسلامى ، ط ٢ سنة ١٤٠٣ هـ .
- شرح معانى الآثار .
أبو جعفر أحمد بن محمد بن سلامة الأزدي .
تحقيق / محمد سعيد عبد الحق .
مطبعة الأنوار المحمدية - القاهرة .
- شرح النووي « على صحيح مسلم » .
أبو زكريا محيى الدين بن شرف النووي .
طبع ونشر المطبعة المصرية ومكتبتها - القاهرة .
- شرح اللمع .
أبو إسحاق إبراهيم الشيرازي الشافعي .
تحقيق / عبد المجيد تركى .
دار الغرب الإسلامى - بيروت ، ط ١ ، سنة ١٤٠٨ هـ .
- صحيح ابن خزيمة .
أبو بكر محمد بن إسحاق بن خزيمة السلمى النيسابورى .
تحقيق د / محمد مصطفى الأعظى .
المكتب الإسلامى - دمشق .
- صحيح الإمام مسلم بن الحجاج .

الإمام مسلم بن الحجاج القشيرى النيسابورى .
انظر : شرح صحيح مسلم للنووى .
- طبقات الشافعية الكبرى (طبقات السبكى) .
تاج الدين أبو نصر عبد الوهاب بن على السبكى .
تحقيق د / عبد الفتاح الحلو .
د / محمود الطناحى .
ط ١ سنة ١٣٨٥ هـ ، مطبعة عيسى البابى الحلبى .
- الطريقة الحصيرية فى مسائل الخلاف بين الشافعية والحنفية .
مخطوط رقم ٣٦٦ .
جمال الدين محمود الحصيرى . دار الكتب المصرية .
- عارضة الأحوذى شرح سنن الترمذى .
أبو بكر محمد بن عبد الله المعروف بابن العربى المالكى .
مطبعة دار العلم للجميع - بيروت .
- العبر فى أخبار مَنْ غبر .
محمد بن أحمد بن عثمان الذهبى .
تحقيق د / صلاح الدين المنجد .
دائرة المطبوعات والنشر - الكويت سنة ١٩٦٠ م .
- علل الحديث .
ابن أبى حاتم .

- الفائق فى غريب الحديث .
محمود بن عمر الزمخشرى .
تحقيق / علـــى محمـــد البجـــاوى .
ومحمد أبو الفضل إبراهيم .
ط ٢ ، مطبعة عيسى البابى الحلبى - مصر .
- فتح البارى شرح صحيح البخارى .
أحمد بن على بن حجر العسقلانى .
انظر : الجامع الصحيح للإمام البخارى .
- فتح القدير شرح الهداية .
كمال الدين محمد بن عبد الواحد السيواسى المعروف بابن الهمام .
ط ١ ، مصطفى البابى - القاهرة سنة ١٣٨٩ هـ .
- فواتح الرحموت بشرح مسلم الثبوت .
عبد العلى محمد بن نظام الدين الأنصارى .
انظر : المستصفى .
- الفوائد البهية فى تراجم الحنفية .
أبو الحسنات محمد عبد الحى اللكنوى الهندى .
دار الطباعة - بيروت .
- قواطع الأدلة فى أصول الفقة .
أبو المظفر السمعانى .

مخطوط رقم (٦٢٧) فيض الله أفندى - تركيا .

- قوانين الأحكام الشرعية .

محمد بن أحمد بن جزى الفرناطى المالكى .

الناشر / دار العلم للملايين - بيروت .

- الكافى فى فقه أهل المدينة .

أبو عمر يوسف بن عبد الله بن عبد البر النمرى .

تحقيق د / محمد أحمد الموريتانى ، ط ١ ، سنة ١٣٩٨ هـ .

- كتاب سيبويه (الكتاب) .

أبو بشر عثمان بن قنبر .

تحقيق / عبد السلام هارون سنة ١٣٨٨ هـ .

دار الكتاب العربى للطباعة والنشر - القاهرة .

- كتاب المجروحين من المحدثين والضعفاء والمتروكين .

محمد بن حبان بن أحمد بن أبى حاتم البستى .

تحقيق / محمود إبراهيم زائد .

دار الوعى - حلب ، ط ١ ، سنة ١٣٩٦ هـ .

- كشف الأستار عن زوائد البزار .

نور الدين على بن أبى بكر الهيثمى .

تحقيق / حبيب الرحمن الأعظمى .

ط ١ ، سنة ١٣٩٩ هـ .

الناشر / مؤسسة الرسالة - بيروت .

- كشف الأسرار عن أصول البزدوى .

علاء الدين عبد العزيز أحمد البخارى .

الناشر / دار الكتاب العربى ط ٢ ، بيروت .

- كشف الظنون عن أسامى الكتب والفنون .

مصطفى بن عبد الله الشهيرى بحاجى خليفة .

مكتبة المثنى - بغداد .

- الكامل فى التاريخ .

عز الدين أبو الحسن على بن أبى الكرم ابن الأثير الشيبانى .

دار صادر ، بيروت سنة ١٣٩٩ هـ .

- الكامل فى ضعفاء الرجال .

أبو أحمد عبد الله بن عدى الجرجانى .

دار الفكر - بيروت ط ٢ ، سنة ١٤٠٥ هـ .

- اللباب فى تهذيب الأنساب .

عز الدين ابن الأثير .

دار صادر - بيروت .

- لسان العرب .

ابن منظور جمال الدين بن محمد بن مكرم الأنصارى .

طبعة مصورة عن طبعة بولاق .

الدار المصرية للتأليف والنشر .

- اللباب فى الجمع بين السنة والكتاب .

أبو محمد على بن زكريا المنبجى .

تحقيق د / محمد فضل عبد العزيز المراد .

ط ١ ، سنة ١٤٠٣ هـ .

الناشر : دار الشروق - جدة .

- لسان الميزان .

أحمد بن على بن حجر العسقلانى .

منشورات المجلس الأعلى للمطبوعات - الهند .

مصورة عن الطبعة الأولى سنة ١٩٧١ - بيروت .

- المبسوط .

شمس الأئمة السرخسى .

ط ٣ ، بالأوفست سنة ١٣٩٨ هـ .

دار المعرفة - بيروت .

- المجموع شرح المهذب .

أبو زكريا محى الدين بن شرف النووى .

حققه وعلق عليه : محمد نجيب المطيعى .

الناشر / مكتبة الإرشاد - جدة .

- مختصر الطحاوى .

أبو جعفر أحمد بن محمد الطحاوى .

دار الكتاب العربى - القاهرة سنة ١٣٧٠ هـ .

- مختصر القدورى (مع الجوهرة) .

أبو الحسين أحمد بن محمد القدورى .

- مختصر المزنى (مع الأم) .

أبو إبراهيم إسماعيل بن يحيى المزنى .

انظر : الأم .

- مختلف الرواية .

علاء الدين بن محمد السمرقندى .

مخطوط رقم ١٨٨ عثمانية - حلب .

- المحاسن والمساوئ .

إبراهيم بن محمد البيهقى .

تحقيق / محمد أبو الفضل إبراهيم .

مكتبة نهضة مصر - القاهرة .

- المدونة الكبرى .

الإمام مالك بن أنس برواية سحنون .

مطبعة دار السعادة - مصر .

- المستدرك على الصحيحين .

أبو عبد الله الحاكم النيسابورى .

الناشر : دار الكتاب العربى - بيروت .

- المستصفى فى علم الأصول .

حجة الإسلام أبو حامد محمد بن محمد الغزالى .

ط ١ ، المطبعة الأميرية - بولاق - سنة ١٣٢٢ هـ .

- مسند أبى داود الطيالسى .

سليمان بن داود بن الجارود .

ط ١ ، مجلس دائرة المعارف النظامية - حيدر آباد - الهند ، سنة ١٣٢١ هـ .

- المسند (المتن) .

الإمام أحمد بن حنبل

دار صادر - بيروت .

- مصنف ابن أبى شيبة (الكتاب المصنف فى الأحاديث والآثار) .

عبد الله بن محمد بن أبى شيبة .

تحقيق / عامر العمرى الأعظمى .

الناشر : مختار أحمد الندوى - الدار السلفية - بومباى - الهند .

- المصنف .

أبو بكر عبد الرزاق بن همام الصنعانى .

تحقيق / حبيب الأعظمى .

ط ١ ، سنة ١٣٢٢ هـ .

- المصباح المنير فى غريب الشرح الكبير للرافعى .
أحمد بن محمد بن على الفيومى .
الناشر : المكتبة العلمية - بيروت .
- معالم السنن على سنن أبى داود .
حمد بن محمد بن إبراهيم الخطابى .
انظر : سنن أبى داود .
- معجم البلدان .
ياقوت الحموى .
دار صادر - بيروت .
- المعجم الكبير .
أبو القاسم سليمان بن أحمد الطبرانى .
حقيقة / حمدى بن عبد المجيد السلفى .
مطبعة الأمة - بغداد .
- معجم المؤلفين فى تراجم مصنفى الكتب العربية .
عمر رضا كحالة .
الناشر : مكتبة المثنى - بغداد .
- المغنى شرح مختصر الخرقى .
أبو محمد عبد الله بن أحمد بن قدامة .
تحقيق د/ عبد الله التركى .

د / عبد الفتاح الحلو .

ط ١ ، دار هجر للطباعة والنشر سنة ١٤٠٦ هـ .

- المغنى فى الضعفاء .

شمس الدين محمد بن أحمد الذهبى .

تحقيق د / العتر . دار المعارف .

- المنتخب من سياق تاريخ نيسابور .

عبد الضافر الفارسى .

مخطوطة - مكتبة الدارسات بالجامعة الإسلامية بالمدينة .

رقم ١٣٠ / رجال .

- المنتقى شرح الموطأ .

أبو الوليد سليمان بن خلف الباجى الأندلسى .

ط ٢ ، دار الكتاب العربى - بيروت .

- المقنع فى فقه الإمام أحمد بن حنبل .

موفق الدين عبد الله بن أحمد بن قدامة المقدسى .

مكتبة الرياض الحديث - الرياض سنة ١٤١٠ هـ .

- المنهاج مع شرحه المغنى .

أبو زكريا محى الدين بن شرف النووى .

مطبعة مصطفى البابى - القاهرة .

- الموطأ مع المنتقى .

الإمام مالك بن أنسى أمام دار الهجرة .

انظر : المنتقى .

- المهذب .

أبو إسحاق إبراهيم الشيرازى الشافعى .

ط ٣ ، سنة ١٣٩٦ هـ .

مطبعة مصطفى البابى - القاهرة .

- ميزان الاعتدال فى نقد الرجال .

محمد بن أحمد الذهبى .

تحقيق / على محمد البجاوى .

مطبعة عيسى الحلبى - القاهرة .

- النجوم الزاهرة فى ملوك مصر والقاهرة .

جماد الدين بن أبى المحاسن يوسف بن تفرى بردى الأتابكى .

المؤسسة المصرية العامة للنشر والترجمة - القاهرة .

- نصب الراية لتخريج أحاديث الهداية .

جمال الدين أبو محمد عبد الله بن يوسف الزيلعى .

الناشر / المكتبة الإسلامية ط ٢ ، سنة ١٣٩٣ هـ .

- النكت فى المسائل المختلف فيها بين الشافعى وأبى حنيفة .

أبو إسحاق إبراهيم بن على الفيروز آبادى الشيرازى .

مخطوط رقم (١١٥٤) مصور عن أحمد الثالث .

- النوادر فى اللغة .
أبو زيد الأنصارى .
تحقيق د / محمد عبد القادر أحمد .
ط ١ ، دار الشروق .
- نوادر المخطوطات العربية فى مكتبات تركيا .
رمضان ششن .
ط ١ ، دار الكتاب الجديد - بيروت .
- النهاية فى غريب الحديث والأثر .
مجد الدين أبو السعادات المبارك محمد الجزرى (ابن الأثير) .
تحقيق / طاهر أحمد الزوى - محمود الطناحى .
الناشر / المكتبة الإسلامية .
- الوساطة بين المتنبى وخصومه .
القاضى على بن عبد العزيز الجرجانى .
تحقيق / محمد أبو الفضل إبراهيم .
على محمد البجاوى .
مطبعة عيسى البابى الحلبى - مصر .
- الوسيط فى المذهب .
حجة الإسلام محمد بن محمد الغزالى .
تحقيق / على محى الدين على القره داغى .

ط ١ ، العراق .

- الهداية مع فتح القدير .

برهان الدين على بن أبى بكر المرغينانى .

ط ١ ، مطبعة مصطفى البابى - مصر .

- هدية العارفين فى أسماء المؤلفين وآثار المصنفين .

إسماعيل باشا البغدادى .

الناشر / مكتبة المثنى بغداد .

* * *



الاصطلام

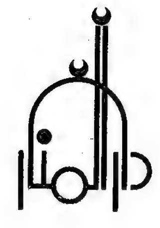
في الخلاف بين الإمامين الشافعي وأبي حنيفة رحمهما الله

لأبي المظفر منصور بن محمد بن عبد الجبار السمعاني
التميمي المروزي الحنفي ثم الشافعي
المتوفى سنة ٤٨٩هـ

الجزء الثاني

ويشتمل: باب الزكاة والصوم والحج

تحقيق
الدكتور نايف بن نافع العمري
الأستاذ المساعد بالجامعة الإسلامية
المدينة المنورة







الجزء الثاني

ويشمل : باب الزكاة والصوم والحج



الطبعة الأولى

١٤١٣ هـ - ١٩٩٣ م

رقم الإيــداع : ٩٢٦٦ / ١٩٩١ .

دار المنار
للطبع والنشر والتوزيع
٩ شارع الباب الأخضر - ميدان الحسين
ص ب ٦١ هليوبوليس ت ٩١٥٠٨٥

بِسْمِ اللَّهِ الرَّحْمَنِ الرَّحِيمِ

مقدمة

الحمد لله .. نحمده ونستعينه ، ونستغفره ونتوب إليه ، ونعوذُ بالله من شرور أنفسنا وسيئات أعمالنا ، مَن يهدى الله فلا مضلَّ له ، ومَن يُضلل فلن تجد له ولياً مرشداً .

وأشهد أنْ لا إله إلا الله وحده لا شريك له ، وأشهد أنَّ محمداً عبده ورسوله ، أرسله بالهدى ودين الحق ليظهره على الدين كله ولو كره المشركون ، صلى الله عليه وعلى آله وصحابته أجمعين .

أما بعد ..

فهذا هو الجزء الثانى من كتاب « الاصطلام » لأبى المظفر السمعانى وهو يشتمل على كتاب الزكاة والصوم والحج ، وقد سبق أن حققتُ الجزء الأول منه ولاقى إقبالاً كبيراً من المهتمين بهذا الفن ألا وهو فقه الأحكام .

وبهذا الجزء تَمّ ربع العبادات ، ويتلوه - إن شاء الله - الربع الثانى من الكتاب وهو ربع المعاملات ويبدأ بكتاب البيوع ، وسنحاول إخراجه فى أقرب وقت نظراً لرغبة الإخوان فى الاطلاع عليه والاستفادة منه ، أعان الله على إكماله بمنِّه وكرمه ، ورحم الله علماءنا الذين خلفوا لنا هذا التراث العظيم الذى لا يوجد مثله عند أمة من الأمم .

وصلى الله وسلم على محمد وآله وصحبه .. والحمد لله أولاً وآخراً .

المحقق

د . نايف بن نافع العمرى

* * *



واما قولهم ان الميت محل للحل والحرمة في اللمس والنظر كذلك وقد خرج بالموت عن محلية مثل هذه الاشياء وانما جعل محلا للضرورة ولولا الضرورة لم يجعل والنكاح عقد استحلال فاذا لم يكن الميت محلا للحل والحال لم يتصور بقاء النكاح المعقود للحل

الجواب ان قولهم ان النكاح ارتفع بموتها قلنا وقد ارتفع بموته ايضا ان الموت ينافي محلية النكاح منكوحا ينافي محلية النكاح ناكحا ولا يتصور ولا يعقل ميت ناكح فلم يعقل ايضا بقاء النكاح له بعد موته واما العدة فتعبد شرعي وجب لاظهار حرمة نكاح سبق عقده مثل الشهادة تعبد شرعي وجب لاظهار حرمة نكاح عقد فان قالوا الحنا الغسل بنفس العدة وهي علقة عظيمة ولانها وجبت بالنكاح السابق ولم يوجد هذه العلقة اذا مات قلنا اذا طلقها ثلثا في المرض ومات عقيبه وهي في العدة لا يبطلوا الغسل والعدة موجودة ثم منه ان العدة عندهم حق النكاح سواء كانت واجبة من طلاق او وفاة والتمسك خاتب الزوج في بابة القوة واما المعنى الذي بناه فهو صحيح ايضا يمكن الاعتماد عليه وقولهم انه ليس محل للحل ولنا فقدتنا المحلية وقولهم انه جاز للضرورة قلنا شرع الغسل لا يقال له ضرورة انما يقال بقا الحل لاقامة شرع وبقا الحل لاقامة الشرع لا يسمى ضرورة مثل الحل في حال النكاح لا يقال ضرورة لاجل الوطي وعلى هذا القول ان النكاح اما ان نحكم ببقائه حكما في هذا الحكم الخاص بدليل قام عليه او نقال ان النكاح قد ارتفع ولكن عمل في اثبات هذا الحكم بعد الموت لانه لا يوجد الا بعد الموت كما عمل في اثبات الارث بعد الموت لانه لا يوجد الا بعد الموت وهذا كلام معتمد فليعمل به والله تعالى اعلم بالصواب

كتاب الزكوة

مسئلة اذا زادت الابل على مائة وعشرين استقر الواجب على الحقاق وبنات اللبون و استقرت النصب على الخمسينات والاربعينات وهذا مذهب اكثر اهل العلم غير ان الشافعي رضي الله عنه قال اذا زادت الابل على مائة وعشرين واحدة تجب ثلث بنات لبون ثم الامر من بعد على ما قلنا وعندهم يستانف الواجب بعد المائة والعشرين وتجب الاغنام وبنت المخاض لنا الاخبار الثابتة برواية انس بن مالك عن ابي بكر الصديق رضي الله عنه وبرواية الزهري عن سالم عن ابيه ان النبي عليه السلام ذكر في كتاب الصدقة الذي كتبه فاذا زادت الابل على مائة وعشرين ففي كل خمسين حقة وفي كل اربعين بنت لبون والكتاب يشتمل على اشيا كثيرة من باب الزكوة ذكره بتمامه ابو داود وغيره فتبين ان الاستدلال في هذه المسئلة بهذا القدر وكان صلى الله عليه ختم عليه وقرنه بقراب سيفه وعمل بذلك بعده ابو بكر وعمر رضي الله عنهما وروى ابن المبارك عن يونس عن الزهري ان سالم بن عبد الله بن عمر قرا الكتاب الذي كتبه رسول الله صلى الله عليه لابي بكر في الصدقات وفيه فاذا زادت الابل على مائة وعشرين واحدة ففيها ثلث بنات لبون ولا يجب لهم تاويل هذه الاخبار اصلا وقد تعلقوا اشيا بعيدة اعرضنا عنها لبعدها فان صح روا في موضع يجب في كل خمسين حقة وفي الاربعين بنت لبون وذلك في مائة وسبعين قالوا وقد قلنا بالخبر الاول في هذا الموضع يقال لهم انتم لا تقولون بهذا الخبر بحال لان عندكم لا يجب الحقة في الخمسين بحال ولا بنت اللبون في الاربعين فانكم تقولون ان الاربعين والخمسين الحقة في سنة واربعين وبنت اللبون في سنة و ثلثين على حسب ما كان في الابتدا فقد تركتم القول بهذه الاخبار جملة من غير دليل واما تعلقهم من جهة الخبر بما روي انه كان في صحيفة عمرو بن حزم الذي كتبها له رسول الله صلى الله عليه في فرايض الزكوة وما زاد في الابل على مائة وعشرين ففي كل خمسين حقة وفي كل اربعين بنت لبون فما فضل بعد ذلك تعاد الى اول فريضة الابل فما كان

حسبه ما قلتموه احتجاجا بلا دليل هم **الجواب** ان الامه اجمعت على ان الايه نزلت في حصر العدو
والدليل القطعي عليه قوله تعالى في سياق الايه فاذا امنتم فمن تمتع بالعمرة الى الحج وايضا قال امن من العدو والمرض
تناول بيا وعوفي منه وقد ذكر الفراء انه يقال احصر من العدو والمرض جميعا وكذلك ابن الانباري والقتبي اليه واذا كان اللفظ محتملا
لما كان متعينا في حصر العدو باجماع المفسرين واما الخبر فلنا روى عكرمه وحجاج بن عمرو وعبد الله بن رافع ذكر
معمر ولم يذكر عكرمه في هذه الروايه فيوجب هذا وهنا في الحديث وعلى انه محمول على ما اذا كان شرط ان يحله حيث
يحبسه الا ترى انه قال فقد حل فانما الحل يعقب التحلل في هذه الصورة واما الذي قالوا من زيادة مدة الاحرام فمعنى معترض
لانه باحرامه التزم موجب احرامه طالت المدة او قصرت الى ان يتحلل على قضية احرامه وهذا لان هذه العوارض غير
مامونه من مرض وعدو وغير ذلك فحين اطلق الاحرام من غير اشتراط فقد التزم موجبه على علاته وحالاته فلزوم
زيادة مدة الاحرام لا يجوز له ان يطلق له الخروج ولانه كيف يستقيم التعليل بهذا وعندكم اذا قال لله علي حجة
وعمرة فلا يجوز ان يباح له التحلل من الفوات من وجوب زيادة لم يلتزمها ثم يكون التحلل موجبا زيادة نسك في الاصل
هو فوق زيادة المدة فدل ان ما ظنوه علة ضعيفة واما البيع لا يشبه الاحرام الا ترى انه يشترط ما يفسخ به البيع
عند فقده من صفة الخبز والكتابة فيصح شرطه ومثل هذا الشرط لا يصح في الحج عندكم بحال قلت ان التحلل بحصر
العدو ليس الا بالنص والمرض مخالف له على ما سبق والذي اعترض به على ما قلناه ليس بشيء لان حاصل كلامه انه يتخلص
بالتحلل من زيادة مدة الاحرام وقد ذكرنا فساد هذا المعنى والذي قالوا ان العدم لا يكون علة فلنا لم نجعله
علة لكن بينا المفارقة بين عذر العدو وعذر المرض وقد تبين والله اعلم بالصواب واليه المرجع والمآب

تم ربع العبادات بحمد الله تعالى
وحسن توفيقه في اواخر شوال من شهور سنه اثني عشر .
وحسبنا به والله المستعان على اتمامه بمنه ولطفه
الحمد لله وصلواته على الانبياء الطاهرين وخص محمدا بافضل التحيه والتسليم واله اجمعين وحسبنا الله ونعم المعين

كتاب الزكاة



(مسألة)

إذا زادت الإبل على مائة وعشرين استقر الواجب على الحِقَاق [١] وبنات اللبون[٢] ، واستقرت النُّصُب على الخمسينات [٣] والأربعينَات [٤] . وهذا مذهب أكثر أهل العلم [٥] ، غير أن الشافعي رضي الله عنه قال : إذا زادت الإبل على مائة وعشرين واحدة تجب ثلاث بنات لبون [٦] ثم الأمر من بعد على ما بيَّنا .

---

(١) الحِقّ - بالكسر - من الإبل : ما طَعَنَ في السنة الرابعة ، والجمع : حِقَاق ، والأنثى حِقَّة ، وجمعها حِقَق ، مثل سدرة ، وسدر (انظر المصباح - مادة : حِقق) .

(٢) ابن اللبون : ولد الناقة يدخل في السنة الثالثة ، والأنثى بنت لبون سمي بذلك لأن أمه ولدت غيره فصار لها لبن (المصباح المنير - مادة : لبن) .

(٣) أي في كل خمسين حِقَّة .

(٤) أي في كل أربعين بنت لبون .

(٥) أجمع أهل العلم على أن الواجب في أنصبة الإبل حتى تبلغ عشرين ومائة حِقَّتان ، ذكر ذلك ابن قدامة في المغني : ١٦/٤ ، والسرخسي في المبسوط : ١٥١/٢ ، والنووي في المجموع : ٣٤٣/٥ ، وأبو عبيد في الأموال ص ٣٩٧

وإنما الخلاف فيما زاد على مائة وعشرين وهي المسألة التي سيتكلم عليها المؤلف .

(٦) النكت : ورقة ٧٣/ ب ، المهذب : ١٩٧/١ ، ١٩٨ ، المجموع : ٣٤٣/٥. وهو أحد الروايتين عن أحمد ، وهو مذهب الأوزاعي ، وإسحاق . المغني : ٢٠/٤ ، الإفصاح : ١٩٧/١ ، معالم السنن للخطابي : ٢١٦/٢ . وعند أحمد رواية أخرى أنه لا يتغير الفرض إلى ثلاثين فيكون فيها حِقَّة وبنتا لبون وهذا مذهب محمد بن إسحاق بن يسار ، وأبي عبيد (المغني : ٢٠/٤ ، الإفصاح : ١٩٧/١) .

وهي رواية عن الإمام مالك ، الإشراف : ١٥٨/١ ، ١٥٩ ، المجموع : ٣٤٣/٥ =

وعندهم : يستأنف [١] الواجب بعد المائة والعشرين وتجب الأغنام [٢] وبنت المخاض [٣] .

لنا :

الأخبار الثابتة برواية أنس بن مالك عن أبى بكر الصدِّيق رضى اللّه عنه [٤] ، وبرواية الزهرى عن سالم عن أبيه أن النبى عليه السلام ذكر فى كتاب الصدقة الذى كتبه : « فإذا زادت الإبل على مائة وعشرين ففى كل

= والرواية الأخرى عن الإمام مالك : أن المصدق بالخيار إن شاء أخذ ثلاث بنات لبون ، وإن شاء أخذ حِقَّتين إلى أن تبلغ ثلاثين ومائة فيكون فيها حِقَّة وابنتا لبون .

وقال ابن القاسم من أصحابه : « يتحتم أخذ ثلاث بنات لبون من غير اختيار إلى أن تبلغ ثلاثين ومائة ففيها حِقَّة وابنتا لبون » .

(الإشراف : ١٩٨/١ ، بداية المجتهد : ٢٥٩/١) .

(١) معنى الاستئناف : أن لا يجب على ما زاد على مائة وعشرين حتى تبلغ خمسة فإذا بلغت خمساً تستأنف بشاة مع الحِقَّتين إلى مائة وثلاثين ففيها حِقَّتان وشاتان ، وفى مائة وخمس وثلاثين حِقَّتان وثلاث شياه ، وفى مائة وأربعين حِقَّتانِ وأربع شياه ، وفى مائة وخمس وأربعين حِقَّتان وبنت مخاض إلى مائة وخمسين ففيها ثلاث حِقَاق ثم تستأنف الفريضة فيجب فى مائة وخمس وخمسين ثلاث حِقاق وشاة .... ، المبسوط : ١٥١/٢ ، رؤوس المسائل ص ١٩٩ ، مختصر الطحاوى ص ٤٣ ، بدائع الصنائع : ٢ / ٨٦٤ ، معانى الآثار : ٤ / ٣٧٧ ، الأسرار : ١ / ١٠٩ - أ (مراد ملا) .

(٢) كما بيّنا بعد العشرين والمائة فى كل خمس شاة إلى ثلاثين ومائة ...

(٣) بنت المخاض : « هى التى أتى عليها حَول ودخلت فى السنة الثانية وحملت أمها فصارت من المخاض وهى الحوامل ، والمخاض اسم جماعة للنوق الحوامل » قاله الخطابى فى المعالم : ٢١٨/٢ .

(٤) سنن أبى داود : ٢١٩/٢ ، مع المعالم فى باب « زكاة السائمة » .

خمسين حِقَّة وفى كل أربعين بنت لبون » ، والكتاب يشتمل على أشياء كثيرة من باب الزكاة ذكره أبو داود [١] وغيره [٢] ، غير أن الاستدلال فى هذه المسألة بهذا القدر وكان صلى الله عليه وسلم خَتَمَ عليه [٣] وقَرَنَه بقراب سيفه [٤] .

وعمل بذلك بعده أبو بكر وعمر [٥] رضى الله عنهما .

---

(١) انظر سنن أبى داود : ٢/٢٢٥ مع المعالم فى باب « زكاة السائمة » .

(٢) رواه البخارى فى صحيحه : ٣/٣١٧ مع الفتح فى باب « زكاة الغنم » . والبيهقى فى السنن : ٤/٩٣ فى باب « كيف فرض الصدقة » ، وابن أبى شيبة فى مصنفه : ٣/١٢٤ ، وأحمد فى المسند : ٢/١٥ ، وأبو داود فى سننه : ٢/٢١٩ ، ٢٢٥ مع المعالم فى باب « زكاة السائمة » ، وابن ماجه فى سننه : ١/٥٧٣ ، ٥٧٤ ، والدارقطنى فى سننه : ٢/١١٥ ، ١١٦ ، ١١٧ ، والترمذى فى سننه : ٣/١٠٦ - ١١١ مع العارضة ، وقال : « حديث ابن عمر حديث حسن والعمل على هذا الحديث عند عامة الفقهاء ، وقد روى يونس بن يزيد وغير واحدٍ عن الزهرى عن سالم بهذا الحديث ولم يرفعوه وإنما رفعه سفيان بن حسين » أ . هـ .

وقال الزيلعى فى نصب الراية : قال المنذرى : وسفيان بن حسين أخرج له مسلم واستشهد به البخارى إلا أن حديثه عن الزهرى فيه مقال ، وقد تابع سفيان بن حسين على رفعه سليمان بن كثير وهو مِمَّنْ اتفق البخارى ومسلم على الاحتجاج بحديثه ، وقال الترمذى فى كتاب « العلل » : « سألتُ محمد بن إسماعيل عن هذا الحديث فقال : أرجو أن يكون محفوظاً ، وسفيان بن حسين صدوق » (انتهى من نصب الراية : ٢/٣٣٨) ، وهذا مرسل كما أشار إليه الترمذى .

(٣) رواه أبو داود فى سننه : ٢/٢١٤ ، مع المعالم ، والبيهقى فى سننه : ٤/٨٧ .

(٤) انظر : سنن أبى داود مع المعالم : ٢/٢٢٥ .

ورواه البيهقى فى سننه : ٤/٨٨ ، وابن أبى شيبة فى مصنفه : ٣/١٢٤ ، ١٣٦ .

(٥) انظر سنن أبى داود : ٢/٢١٩ ، ٢٢٥ مع المعالم .

سنن الترمذى : ٣/١٠٦ - ١١١ مع العارضة ، مصنف ابن أبى شيبة : ٣/١٢٤ ، سنن البيهقى : ٤/٨٨ .

وروى ابن المبارك [١] عن يونس [٢] عن الزهرى أن سالم بن عبد اللّه بن عمر قرأ الكتاب الذى كتبه رسول اللّه ﷺ لأبى بكر فى الصدقات وفيه : « فإذا زادت الإبل على مائة وعشرين واحدة ففيها ثلاث بنات لبون »[٣].

ولا يتجه لهم تأويل لهذه الأخبار أصلاً .

وقد تكلّفوا أشياء بعيدة أعرضنا عنها لبُعدها ، فإن صوّروا فى موضع يجب فى كل خمسين حِقّة وفى الأربعين بنت لبون وذلك فى مائة وتسعين .

قالوا : وقد قلنا بهذا الخبر فى هذا الموضع .

يقال لهم : أنتم لا تقولون بهذا الخبر بحال ، لأن عندكم لا تجب الحِقّة فى الخمسين بحال ، ولا بنت اللبون فى الأربعين ، فإنكم تقولون إن الحِقّة فى ستة وأربعين وبنت لبون فى ست وثلاثين على حسب ما كان فى الابتداء ، فقد تركوا القول بهذه الأخبار جملة من غير دليل .

وأما هم تعلّقوا من جهة الخبر بما روى أنه كان فى صحيفة عمرو بن حزم الذى كتبها له رسول اللّه ﷺ فى فرائض الزكاة : « وما زاد فى الإبل على

---

(١) أى عبد اللّه بن المبارك المروزى مولى بنى حنظلة ، ثقة ، ثبت ، فقيه ، عالم ، جواد ، مجاهد ، جمعت فيه خصال الخير ، من الثامنة ، مات سنة ١٨١ هـ . وله ثلاث وستون سنة ، روى له الجماعة (التقريب ص ١٨٧) .

(٢) يونس بن يزيد بن أبى النجاد الأيلى أبو يزيد مولى آل أبى سفيان ثقة إلا أن فى روايته عن الزهرى وهماً قليلاً ، وفى غير الزهرى خطأ ، من كبار السابعة ، مات سنة ١٥٩ هـ ، على الصحيح ، روى له الجماعة (التقريب ص ٣٩١) .

(٣) روى هذه الرواية أبو داود فى سننه : ٢/ ٢٢٦ مع المعالم .

والدارقطنى فى سننه ١١٦/٢ ، ١١٧ ، والبيهقى فى سننه ٤ / ٩٠ - ٩١ وهو حديث مرسل كما أشار إليه الترمذى فيما سبق .

مائة وعشرين ففى كل خمسين حِقّة وفى كل أربعين بنت لبون فما فضل بعد ذلك يُعاد إلى أول فريضة الإبلَ فما كان / أقل من خمس وعشرين ففيها الغنم فى كل خمس شاة » [١] .

٣٥/ب

ورووا بطريق عاصم بن ضمرة عن عليٍّ عليه السلام : أنه قال : « إذا زادت الإبل على مائة وعشرين استؤنفت الفريضة » [٢] .

وعن ابن مسعود كذلك [٣] ، وهذا لايقال قياساً ، دل أنهما قالا ذلك عن النبى عليه السلام .

والجواب :

أما الخبر الأول فقد رواه حماد [٤] بن سلمة عن قيس [٥] بن سعد عن صحيفة عند أبى بكر [٦]

---

(١) رواه الطحاوى فى شرح معانى الآثار : ٤ / ٣٧٥ .

واستدل به فى الأسرار : ١ / ٩٠١ - أ (مراد ملا) .

(٢) رواه ابن أبى شيبة فى مصنفه : ٣/١٢٥ .

وروى عن إبراهيم النخعى مثله : ٣/١٢٥ .

ورواه بلفظ قريباً من هذا السياق البيهقى فى سننه : ٤ / ٩٢ ، ٩٣ .

وأبو عبيد فى كتابه الأموال ص ٣٩٧ .

(٣) ذكره فى المبسوط : ٢ / ١٥٢ ، وذكره الشيرازى فى النكت : ورقة ٧٢/أ.

(٤) حماد بن سلمة بن دينار البصرى أبو سلمة ثقة عابد أثبت الناس فى ثابت وتغير حفظه بآخره ، من كبار الثامنه ، مات سنة ٢٦٧ هـ ، روى له البخارى تعليقاً ومسلم وأصحاب السنن (انظر التقريب ص ٨٢) .

(٥) قيس بن سعد ، قال البيهقى فى سننه : ٩٤/٤ نقلا عن يحيى القطان قوله : « قيس بن سعد ليس بذاك » أ.هـ .

(٦) أبو بكر بن محمد بن عمرو بن حزم الأنصارى البخارى المدنى القاضى اسمه =

ابن عبد اللّه [١] بن عمرو بن حزم [٢] فيكون مرسلاً [٣] ، والمرسل ليس بحُجّة .

وعلى أن فيه ما يؤيد مذهبنا لأنه قال : « فإذا زادت الإبل على مائة وعشرين ففى كل خمسين حِقّة ، وفى كل أربعين بنت لبون » [٤] .

وأما حديث عاصم بن ضمرة ، فقد قال ابن المنذر : لا يثبت حديث عاصم ابن ضمرة عن علىٍّ رضى اللّه عنه [٥] .

وقد روى عن علىٍّ رضى اللّه عنه مثل ما ذهبنا إليه [٦] .

وعلى الجملة .. لا يثبت ذكر الغنم وبنت المخاض بعد المائة والعشرين عن رسول اللّه ﷺ ولا عن أحد من الصحابة [٧] ، وإنما الصحيح ما رويناه فلا يعدل عنه .

= وكنيته واحد ، وقيل إنه يكنى أبا محمد ، ثقة عابد ، من الخامسة ، مات سنة ١٢٠ هـ . روى له الجماعة (انظر التقريب ص ٣٩٦) .

(١) كذا فى المخطوط ، وفى سنن البيهقى : « ابن محمد » وهو الأصوب .

(٢) رواه البيهقى فى سننه : ٩٤/٤ عن أبى داود فى مراسيله .

قال البيقهى : « وهو منقطع بين أبى بكر بن حزم إلى النبى ﷺ وقيس بن سعد أخذه عن كتاب لا عن سماع ، وكذلك حماد بن سلمة أخذه عن كتاب لا عن سماع ، وقيس بن سعد وحماد بن سلمة - وإن كانا من الثقات - فروايتهما هذه بخلاف رواية الحفاظ عن كتاب عمرو بن حزم وغيره » أ . هـ .

(٣) انظر الحاشية السابقة لمعرفة وجه الإرسال .

(٤) تقدم تخريجه .

(٥) نقل ذلك الخطابى فى معالم السنن : ٢١٦/٢ .

(٦) نقل ذلك الشيرازى فى النكت : ورقة ٧٢ / أ .

وواه ابن أبى شيبة فى مصنفه : ١٢٥/٤ .

(٧) قاله أبو عبيد فى الأموال ص ٣٩٩ .

وإن التفتنا إلى المعنى بعد أن لا حاجة إليه ، فهو أيضاً يؤيد ما قلنا . وذلك لأن الأصل الموصل فى الشرع أن الواجب فى كل جنس من جنسه ، لأن الواجب جزء من النصاب ، لأن الزكاة واجبة للمواساة مع الفقراء بجزء من النصاب على مالٍ نامٍ ، والجزء من الشئ جنسه ، وهم يعترفون بهذا الأصل فلا يُحتاج إلى كثير دليل ، إلا أنه عدل عن هذا الأصل عند قِلَّة الإبل لأنها لا تحتمل المواساة من جنسها ، فإذا كثرت احتملت فعدنا إلى الأصل .

فإن قالوا : « لِمَ لا ينتظر إلى أن تبلغ حداً يحتمل الوجوب من جنسه مثل البقر » ؟

قلنا : لأن الخمس من الإبل مال كثير القيمة كثير المنفعة قليل المؤونة فلم يستجز الشرع إخلاء مثل هذا عن حق الفقراء ، وعلى أن هذا الذى قالوا اعتراض على الشرع ، وعلينا أن نتلقى الشرع بالقبول ثم نطلب له معنى يُخرِّج ذلك الشرع عليه ، وقد فعلنا .

وأما البقر .. فقد كان غالب أموال العرب الإبل ، وقد كانت الزكاة طُهرة لمالهم فلم يرض بإخلائه عن الواجب بعد أن يبلغ الحد الذى قلناه من كثرة المنفعة والقيمة وقلة المؤونة ، وأما البقر فقد كان قليلاً فيهم ، فإبقاؤها على الأصل المعهود وهو ترك الإيجاب حتى يحتمل الواجب من جنسه هذا فى الأغنام . وأما سقوط بنت مخاض فهو يخرج على أصل آخر :

وذلك لأن ما بعد المائة والعشرين حال تقرير النُّصُب والواجبات وما قبل المائة والعشرين قد كان حال اضطرابها واختلافها ، فمن الواجب أن يكون الاستقرار على النمط الأعدل ، والنمط الأعدل فى الأوقاص [1] طرح

---

(١) الأوقاص : جمع وقص ، وهو ما بين الفريضتين من نُصب الزكاة مما لا شئ فيه (المصباح المنير - مادة : وقص) .

وقص الأربع ، والأربعة عشر أعلى الذى وَرَدَ ، الأغنام ، وبنت المخاض والجذعة وبنتى اللبون والحِقَّتين قبل المائة والعشرين [(١)] ، وتقرير الوقص على التسع لأنها الوسطى ، وطريقة العدل فى الوسط ، وطرح ما يخرج عنه من الجانبين ، كذلك فى الواجبات اخترنا النمط الأعدل الأوسط وهو تقرير الواجب على الحِقَاق وبنات اللبون ، وطرحنا ما خرج عنها من الجذعة[(٢)] وبنت المخاض ليكون ذلك لزوماً لجادة العدل ، والطريقة الوسطى بين طرفى الترقى والنزول الذى أحدهما يؤدى إلى نوع إجحاف بأرباب الأموال والآخر يؤدى إلى ترك نظر الفقراء ، ونزل القرآن على هذا واستمر عليه الشرع .

وأما الذى ذهبوا إليه من إيجاب الغنم والعود إليها مع كثرة الإبل وتقرير وجوب بنت المخاض مع خروجه عن النمط الأوسط ومع طرح قرينته من الجانب الآخر وهو الجذعة فلم يدل عليه نص ولا اهتدى إليه قياس ، فكان متروكاً مطروحاً غير مأخوذ به بحال .

وفى المسألة وراء هذه إلزامات كثيرة عليهم فى إبطال الاستئناف على مذهبهم :

* من التزامهم القول بالموالاة بين الوقصين ، وهذا لا يجوز فى الشرع .

---

(١) توضيح هذه العبارة : « إن بين وجوب أربعة شياه فى عشرين من الإبل وبين وجوب ابنة مخاض فى خمسة وعشرين أربعة من الإبل فيعتبر وقص معفو عنه ، وما بين إحدى وستين التى تجب فيها الجذعة وبين ست وسبعين التى تجب فيها بنتا لبون أربعة عشر من الإبل فتعتبر وقص معفو عنها . وكذلك ما بين ست وسبعين وإحدى وتسعين أربعة عشر من الإبل فتعتبر وقص معفو عنه . والله أعلم .

(٢) الجذعة : هى التى تمت لها أربع سنين ودخلت فى الخامسة - قاله الخطابى فى المعالم (انظر معالم السنن : ٢١٩/٢) .

* ومن عدولهم من بنت المخاض إلى الحِقَّة فى الخمسين الثالثة من غير إيحاب بنت لبون فى الوسط .

* ومن الزام جعل نصاب الحِقّة ثلاثين إذا قالوا بالاستئناف بعد المائة والعشرين وأوجبوا فى مائة وخمسين ثلاث حِقاق ، وقد أعرضنا عن شرح هذا كله ، لأن فيما قلناه غُنية عن الكل ، هذا كلامنا .

وأما حُجَّتهم من حيث المعنى :

فقد قال مشايخهم : إن إيجاب ثلاث بنات لبون فى مائة وإحدى وعشرين يؤدى إلى مخالفة الرسول أو مخالفة الأصول وواحد منهما لا يجوز . أما مخالفة الرسول إذا أوجبتم فى كل أربعين وثلث ، ومخالفة الأصول إذا أوجبتم فى كل أربعين وذلك لأن الواحدة / لم تجعلوا لها قسطاً من الواجب ٣٦/أ وغيرتم بها الواجب [١] ، وما لا يأخذ قسطاً من الواجب لا يغيّر الواجب هذا هو الأصل المعهود فى الشرع ، وقد خالفتم .

قالوا : وليس كما لو ماتت المرأة عن أبوين وأخوين حيث يغيّر الأخوان فريضة الأم ، ولا يرثان ، لأنهما بمحل الميراث ، وإنما حُجِبا فى هذه الصورة بالأب ، وههنا ليست الواحدة بمحل الوجوب بحال ، فنظير هذا فى مسألة الميراث أن يكون الأخوان عبدين أو كافرين ، وقالوا أيضاً : فى إيجاب ثلاث بنات لبون إسقاط الحِقَّتين ، وقد أوجبتا بدليل مقطوع به فلا يسقط بخبر الواحد .

واستدلوا فى تصحيح مذهبهم ، والحكم بعود الغنم وبنت المخاض ، أن الحِقَاق وبنت اللبون ينبنى وجوبها على الغنم وبنت المخاض فى قضية

---

(١) ذكره الشيرازى فى نكته استدلالاً للحنفية ورقة : ٧٢ / أ .

وجوبها . وربما يقولون : الغنم وبنت المخاض أصل فى واجبات الإبل فلا بد من عودها ، وقولهم : « إن الغنم ليس من جنس الإبل » .

بلى ، ولكن لما وجبت وبنى عليها سائر ما أُوجب صار أصلاً ، وخرج على هذا الجذعة ، لأنها غير مبنية على الحِقَاق وبنات اللبون فلا يقتضى وجوب الحِقَاق وبنات اللبون وجوبها .

وأما الحِقَاق وبنات اللبون يبتنى وجوبها على وجوب الغنم وبنت المخاض فلا بد من عودها إذا عادت .

قالوا : وأما قولكم : « إن ما بعد المائة والعشرين زمان الاستقرار » .

قلنا : بلى ، وقد استقر الواجب على الحِقَّة وبنت اللبون ، ولكن بشرط أن يعود ما هو الأصل مثل المسنة استقرَ عليها الواجب بشرط عود التبعة [1] .

الجواب :

إن كل ما قالوه ضعيف .

أما الأول فنحن نختار أنه يجب فى كل أربعين وثلث أو يوجب فى كل مائة وإحدى وعشرين من غير تعرض للتقسيم ، وهذا بالخبر الذى رويناه فى هذا نصاً .

ومثاله : إيجاب الحِقَّتين فى إحدى وتسعين فى الابتداء ، ويكون هذا إيجاب كل حِقَّة فى خمس وأربعين ونصف إلا أنه بالخبر ، أو يوجب مطلقاً من غير تعرضَ للتقسيم ، ويمكن أن يقال : قد وُجِدَ نصاب ثلاث بنات لبون إلا أن فيه أنه انتهاء وقص فلا يمكن إيجابها من غير وجود زيادة ، فإذا

---

(١) الأسرار : ورقة ١٩٥/ أ (شهيد على) .

وُجِدَت بزيادة ظهر الآن وجوب بنات لبون لوجود نصابها والترقى من انتهاء الوَقص إلى زيادة ، وهذا الكلام إذا قلنا إن الواجب فى كل أربعين ، والزيادة ليس لها عمل إلا فى التغير فحسب .

وأما الكلام الثانى الذى قالوه ..

قلنا : نعم ، وجبت الحِقّتان فى المائة والعشرين بدليل مقطوع به ولكن حين زادت واحدة فات محل وجوب الحقّتين وانقطع الإجماع فصلح التعرض لما يدل عليه الخبر الواحد فنوجب ما أوجبه ، ولهذا لم يجز الاجتهاد لإيجاب شئ آخر فى المائة والعشرين ، وصح الاجتهاد لإيجاب ثلاث بنات لبون عند وجود الزيادة .

وأما الكلام الثالث ..

وهو الذى قالوا : إن وجوب الحِقَاق وبنات اللبون يبتنى على وجوب الغنم وبنت المخاض .

قلنا : إن زعمتم أن المراد بالإبتناء أنها وجبت بعد وجوبهما فهذا مسلَّم .

وإن زعمتم أن معناه أن ذلك يصير أصلاً وهذا يصير فرعاً له فلا نسلِّم .

والدليل عليه : أن فى الخمسين الثانية للمائة الأولى قد عادت الحِقّة وثلاث بنات لبون ، لم تعد الغنم ولا بنت المخاض ، ولو صار ذلك أصلاً وهذا فرع له لم يجز إلا أن يعود الأصل ثم يعود الفرع ، وعلى أنَّا قد دللّنا أن وجوب الغنم ضرورة والضرورة تلزم موضعها .

وأما بنت المخاض فقد بيَّنا أنها خارجة عن النمط الأعدل والطريقة الوسطى مثل الجذعة فلم يستقم عودها ، واللّه أعلم بالصواب .

* * *

(مسألة)

الزكاة تتعلق بالنصاب والوقص عندنا [١] ، وهو قول محمد بن الحسن من أصحابهم [٢] . وعند أبى حنيفة رحمة الله عليه وأبى يوسف تتعلق بالنصاب دون الوقص [٣] ، وهو قول للشافعى [٤] رضى الله عنه .

لنا :

إنه قد ثبت أن النبى عليه السلام قال : « فى خمس وعشرين من الإبل بنت مخاض إلى خمس وثلاثين فإذا زادت واحدة ففيها بنت لبون إلى خمس وأربعين » [٥] .

---

(١) المهذب : ١٩٨/١ ، المجموع : ٣٣٥/٥ ، ٣٣٧ ، النكت : ورقة ٧٤/ب ، قال النووى فى المجموع : « قال فى البويطى - من كتبه الجديدة : يتعلق بالجميع » أ . هـ .

وهو رواية عن الإمام مالك . الإشراف للبغدادى : ١٦٠/١ .

(٢) المبسوط : ١٧٦/٢ ، البدائع : ٨٦٧/٢ .

(٣) المبسوط : ١٧٦/٢ ، البدائع : ٨٦٧/٢ ، رؤوس المسائل ص ٢٠٠ - ٢٠١ . وهو قول أحمد وهى رواية عن الإمام مالك ، قال البغدادى فى إشرافه : « وهو الظاهر من المذهب » (المغنى : ٢٩/٤ ، الإفصاح : ٢٠٠/١ ، الإشراف : ١٦٠/١) .

(٤) النكت : ورقة ٧٤ / ب ، المجموع : ٣٣٥/٥ ، ٣٣٧ ، المهذب : ١٩٨/١ ، قال النووى فى المجموع : « وهو أصحهما عند الأصحاب وهذا نصه فى القديم وأكثر كتبه الجديدة » أ . هـ .

(٥) روى هذه الرواية أبو داود فى سننه : ٢٢٥/٢ مع المعالم فى باب « زكاة السائمة » ، والدارقطنى فى سننه : ١١٥/٢ ، ١١٦ ، ١١٧ ، وقال : « إسناد صحيح ، وكلهم ثقات » .

وقوله : « إلى الحد الواجب » ، دل أنه متعلق بالنصاب والوقص ، ولأن جميع المال محل للواجب ، والرجل من أهل وجوب الزكاة عليه ، وليس تعليق الواجب ببعض المال أولى من البعض فتعلق بالكل الواجب ، وهذا كما لو سرق مالاً بقدر نُصُب كثيرة فإنه يتعلقا القطع بالكل للمعنى الذى بيّنا كذلك ههنا ، وكذلك إذا أوضح [1] جميع رأسه فإنه يتعلق الأرش بجميع الموضحة [1] ، لأنه ليس إيجابه فى البعض أولى من إيجابه فى البعض فتعلق الواجب بالكل .

والحرف لنا : أن تقدير النصاب / لمنع تعليق الواجب بما دونه لا يمنع تعليقه بما زاد عليه مثل النصاب فى السرقة ، والقدر الذى ينطلق عليه اسم الموضحة فإنه لمنع تعليق الواجب بما دونه لا يمنع تعليقه بما زاد عليه ، وهذا لأن المال إذا كان محل الواجب ، والرجل من أهل وجوب الزكاة عليه فلا يمكن إخلاؤه من الوجوب . ٣٦/ب

وأما حُجَّتهم :

قالوا : الزيادة لها حكم نفسها بدليل أنها إذا بلغت قَدْراً معلوماً تعلَّق بها واجب جديد فتخلو من الواجب حتى تبلغ ذلك المقدار ، وهذا كالنصاب الأول فإنه لا يتعلق به شئ حتى يبلغ الحد المعلوم ، وبهذا فارق السرقة ومسألة الموضحة ، لأن الزيادة ليس لها حكم نفسها بدليل أنها لو زادت زيادة كثيرة لا يتعلق بها واجب آخر بحال فكانت الزيادة بمنزلة الأصل فى تعلق الواجب بالكل .

---

(١) الموضحة : يقال أوضحتُه ، وأوضحت الشُجة الرأس : كشفت العظم فهى موضحة (المصباح المنير - مادة : وضح) .

قالوا : ولأن الزيادة لو هلكت لم يسقط شئ من الواجب ، وصوّروا إذا هلك قبل التمكن من الأداء ليكون فى محل الإجماع فلو كان تعلق بها شئ من الواجب لسقط من الزكاة بقدر الهالك ، كما لو هلك النصاب .

الجواب :

أما قولهم : « إن الزيادة لها حكم نفسها » .

قلنا : ليس لهذا معنى سوى أنه إذا بلغ حداً معلوماً يتعلق به واجب آخر وهذا أولاً تدخل عليه الزيادة على إحدى وتسعين إلى مائة وعشرين فإنه لا يتعلق بهذه الزيادة واجب آخر ، لأنه عندهم يستأنف الحكم بعده ومع ذلك لم يتعلق الواجب الأول بهذه الزيادة على أصلهم .

فإن قالوا : يتعلق ، فقد التزموا المناقضة .

فإن قالوا : يتعلق واجب آخر إذا بلغت الإبل مائة وخمسين فإنه تجب حِقَّة ثالثة فى الخمسين الثالثة .

فقلنا : فإذاً لا استئناف ، وقد قلتم بالاستئناف ، وعلى أن هذا إن استقام فيما بعد المائة فلا يستقيم فى التسع الزائدة من إحدى وتسعين إلى تمام المائة فإنه لا يتعلق بها واجب آخر بحال ، ومع هذا لا يتعلق بها الواجب الأول ، ثم نقول : للزيادة حكم نفسها إذا بلغت قدراً معلوماً . والكلام فيما إذا لم تبلغ ذلك القدر فهو وما زاد عليه واحدة والجميع بمنزلة شئ واحد ومال واحد ، وقد بيّنا أنه ليس تعليق الزكاة ببعض المال أولى من بعض فتعلق بالكل ، ثم إذا بلغت الزيادة نصاباً آخر حينئذ يتعلق به واجب آخر .

فإن قالوا : إذا كان تعلق به الواجب الأول كيف يتعلق به واجب ثان ؟

قلنا : هذا غلط ، لأنه إن كانت الزيادة بعد حؤول [1] الحول فالواجب الأول لا يسرى إليها ، وإن كانت الزيادة قبل حؤول الحول فعندنا لا يضم النصاب بل يعتبر لها حول جديد من وقت الاستفادة فلم يتصور اشتغال الزيادة بالواجب ثم خلوها عن الواجب ، واستقام ما قلنا إن الزيادة لها حكم نفسها إذا بلغت قدراً يتعلق بها واجب آخر ، فأما إذا لم تبلغ من قبل فلا .

وأما قولهم : « ينبغى أن ينتظر » .

قلنا : لا معنى للانتظار وقد وجدنا مال الزكاة وقد مَلَكَه مَنْ هو من أهل الزكاة .

وأما فى الابتداء فلأنه لم تبلغ نصاباً والزكاة لا تجب فيما دون النصاب وهنا قد بلغ نصاباً وقد زاد ، وقد ذكرنا وجه تعلق الواجب بالكل .

وأما قولهم : « إذا هلكت الزيادة قبل التمكن من أداء الزكاة » .

قلنا : قد قال بعض أصحابنا : إنه يسقط من الواجب بقدره وإن سلّمنا أنه لا يسقط فلأن الزيادة جعلت وقاية لما هو الأصل فانصرف الهلاك إليها حكماً ، وصار النصاب بمنزلة القائم جميعه من غير أن يهلك منه شئ . وهذا مثل ما لو هَلَكَ بعض مال القِراض وقد ظهر فيه الربح فإنه ينصرف الهلاك إلى الربح ، وجعل الربح وقاية لرأس المال ، وصار رأس المال كأنه لم يهلك منه شئ كذلك ههنا . والله أعلم بالصواب .

* * *

---

(١) قال فى اللسان فى مادة « حول » : « حال عليه الحول حولاً وحؤولاً : أتى » .

(مسألة)

إذا هَلَكَ مال الزكاة بعد حؤول [1] الحول ووجود التمكن من أداءها لم تسقط الزكاة عَمَنْ عليه بهلاكه عندنا .

وعندهم : تسقط [2] .

لنا :

إن المال سبب الوجوب لأداء فعل الوجوب فإذا حصل الوجوب واستقر فقد عمل السبب عمله ، والسبب إذا تم عمله فبعد ذلك شرط وجوده لغوٌ لا معنى له كسائر الأسباب إذا تمت ، وأقواها صَدَقة الفِطر فإنها لم تسقط عنه بهلاك المال لما بيَّنا .

وهذا لأن الوجوب محله الذمة فإذا وجب الشئ فقد حصل فى محله الذى له فاستغنى عن تعلقه بمحل آخر ، لأن الذمم مستقلة تحمل الواجبات مستغنية فى وجوبها عن ضم محل آخر إليها بل لا يُتصوَّر الوجوب إلا فى الذمة فإن معنى الوجوب فى الذِّمة تكليف المكلَّف فعلاً على صفة مخصوصة فيقال وجب عليه كذا ، وكلف/ كذا ، ثم إنما يكون أداؤه بآلة : ٣٧/أ

---

(١) يقال : « حال عليه الحول حولاً وحؤولا : أتى » .

(٢) النكت : ورقة ٧٥/ أ ، المجموع : ٣٢٢/٥ ، وهو قول المالكية والحنابلة . بداية المجتهد : ٢٤٩/١ ، الإفصاح : ٢١١/١ .

(٣) الأسرار : ١١٩/١- أ (مراد ملا) ، مختلف الرواية ورقة : ٤٧/ ب ، الهداية مع فتح القدير : ٢٠١/٢ ، بدائع الصنائع : ٨٥٣/٢ .

فإما أن تكون الآلة هو البدن مثل العبادات البدنية ، وإما المال مثل اللوازم المالية ، فإن كان بدنياً فلا إلتفات فيه إلى المال ، وإن كان مالياً فلا يتعيَّن له مال دون مال ، لأن جميع الأموال فى تصور الأداء به واحد فلا معنى لتعين محل واحد له ، اللَّهم إلا أن يكون التعيين لمعنىً لغرض مطلوب يطلبه الشرع من توثقة مؤدية إلى اختصاص باستيفاء وخلاص من مزاحمة لولاها لم يحصل به ذلك مثل الرهن فتعيَّن له ذلك المال من وجه لا من وجه على ما عُرِف فى كتاب الرهن . وإذا لم يتعيَّن له محل فهلاك مال بعينه لا يوجب سقوطه بل يؤمر بالتوصل إلى الأداء بمال آخر ، فإن وجد ولم يفعل لم يعذره الشرع ، فإن لم يجد عذره الشرع رحمةً وتخفيفاً لقوله تعالى : ﴿ لاَ يُكَلِّفُ اللَّهُ نَفْساً إلاَّ وُسْعَهَا ﴾ [1] .

فأما تعلق الوجوب بأعيان الأموال فلا مطمع لأحد فى تحقيقه وتصويره ، ولئن قاله قائل فهو مجازف مباهت ولا كلام مع مثل هذا .

واستدل الأصحاب فى أن الوجوب لا يلاقى المال أنه لو أدَّى الزكاة من مال آخر يجوز ولو تعلَّق بالعين لم يجز ، ولتعين هذا المال له على التحتم واللزوم ، وما ذكرناه من القاعدة مستغنية عن هذا الحكم ، وسنذكر كلامهم عليه .

وقد سلك كثير من مشايخنا [2] طريقة أخرى وهى :

أنه بالتأخير بعد التمكن آثم جانٍ متعدٍ فيضمن إذا هَلَكَ ، كما لو مَنَعَه من الساعى ثم يهلك ، والدليل على أنه جانٍ وجوب إخراج الزكاة على الفور [3] ،

---

(١) سورة البقرة : جزء من آية ٢٨٦ .

(٢) منهم الشيرازى فى النكت : ورقة ٧٥/ أ .

(٣) النكت : ورقة ٧٥/ أ .

لأنها وظائف موظفة على السنين لدفع حوائج تتجدد للفقراء على مرور الأوقات والأزمان عليهم فإطلاق التأخير ليؤديها مَنْ عليه متى اختاره لا يجوز ، لأن الحوائج إذا تعجلت والوظائف إذا تأخرت بطلت الأغراض ويموت المحاويج ، وما أوجب لسد الحاجة فلا يوجب على وجه لا ينسد به الحاجة .

يبيِّنه : أنه إذا جاز التأخير ، والمنايا طوارق على الرجال ، والنوائب على الأموال غوادى وروائح ، وكل واحد منهم مسقط للزكاة لم يبق للوجوب أثر . فدل على أن الوجوب على الفور ، وأنه جانٍ متعدٍ بالتأخير فيلحقه وَبَالَ جنايته ليبقى الحق عليه وإن هَلَكَ محل أدائه ليؤديه من محل آخر ، ويجعل المال فى حقه كالقائم فيلزمه الغرامة ، مثل ما لو استهلك المال ، وهذه طريقة جيدة يمكن تمشيتها ، غير أن الاعتماد على الطريقة الأولى ، والتحقيق فيها ، وسنذكر كلامهم على الطريقة الثانية ، ووجه الجواب عنه .

وأما حُجَّتهم :

قالوا : الواجب جزء من المال فإذا هَلَكَ المال فلم يبق محل ليجب جزء منه فسقط الواجب لفوات المحل [1] .

وربما يقولون : حق تعلّق بعين المال فيسقط بهلاكه .

دليله : العبد الجانى إذا هَلَكَ [2] ، والدليل على أن الواجب جزء من المال النصوص من الكتاب والسُنَّة مثل قوله تعالى [3] : ﴿ فِى أَمْوَالِهِمْ

---

(١) مختلف الرواية : ورقة ٤٦/ ب ، الأسرار : ١/١١٩- أ (مراد ملا) .

(٢) الأسرار : ١/١٩٩- ب (مراد ملا) .

(٣) فى المخطوط : وفى - وهو خطأ .

حَقٌّ مَّعْلُومٌ ﴾ [1] ونظائر ذلك ، وكذلك : « فى خمس من الإبل شاة » [2] ، « وفى أربعين من الغنم شاة » [3] .

وكلمة « فى » دليل على المحلية وأن الواجب جزء منه .

واستدل أبو زيد [4] على هذا الأصل بمسائل منها :

أنه لو باع المالك مال الزكاة لا يجوز ، وأراد به مذهبنا .

قال : « ولو تصدَّق بجميع النصاب على فقير نفلاً سقطت عنه الزكاة ، ولو لم يتعلق بالمحل لم يسقط ، ولأن تقدير الواجب بالعُشر أو رُبع العُشر دليل على أن الواجب جزء منه » .

قال : « والواجب عليه فعل فى المحل بالإخراج ، وشَبَّه هذا بِمَنْ قال لغيره : ادفع وديعتى إلى فلان ، فلم يدفع حتى هَلَكَ سقط الأمر منه ، وكذلك المودع إذا قبل الحوالة ليقضى دَّيْن المودع من الوديعة فهلكت الوديعة بطلت الحوالة » [4] .

وأمثال هذا ليس له كلام معنوى يدل على هذا الأصل الذى يدَّعيه بعد زعمه تدقيق النظر وإكثار الرواية ، وادَّعى بعضهم على صحة هذا الأصل من أصل الشافعى أن الزكاة عنده تمنع الزكاة ، مع قوله : « إن الدَّيْن لا يمنع الزكاة » ، وليس ذلك إلا لأن الواجب جزء من المال .

---

(١) سورة المعارج : جزء من آية ٢٤ .

(٢) رواه أبو داود فى سننه : ٢/٢٢٥ مع المعالم فى باب « زكاة السائمة » ، وابن ماجه فى سننه : ٢/٥٧٣ فى باب « صدقة الإبل » .

(٣) رواه أبو داود فى سننه : ٢/٢٢٥ مع المعالم فى باب « زكاة السائمة » .

(٤) انظر الأسرار : ١/١١٩ - أ (مراد ملا) .

قالوا : وأما إذا أدّى الزكاة من موضع آخر إنما جاز لأصل ذكره فى مسألة القيم .

وحرفهم فى هذا أنه إنما جاز ذلك بطريق أن حق اللّه فى إخراج جزء من المال المعيَّن ، وحق الفقير فى المال المطلق فملك أن يؤدى عين المستحق كأنه أدّاه برضا صاحب الحق وهو اللّه تعالى ، ووجود رضاه بأمره يصرفه إلى الفقير الذى حقه فى مال مطلق .

قالوا : ولا يجوز أن يقال إنه جانٍ بالتأخير حتى هلك المال فقد قال بعضهم : لا جناية أصلاً .

قال أبو زيد [١] : لم يوجد منه من التعدى ما يصلح علّة لضمان ٣٧/ب / العين لأنه لا جناية على نفس الحق ، لأن وقت الأداء قائم ، ولئن عُدّ جانياً على نفس الحق يكون بالتفويت ولا تفويت ، لأنه وإن أخّر مدة طويلة ثم أدى يكون مؤدياً وهو مثل تأخير الصلاة عن أول الوقت إلى آخره .

قالوا : ولا يجوز أن يقال إنه جانٍ على محل الحق ، لأن الجناية عليه تكون بالإتلاف أو الغصب الذى عندنا حدّه إزالة اليد ولم يوجد ، لأن العين قائمة ولا يد لأحد حتى تُزال وسُلّم الإثم إلا أنه قال : مجرد الإثم لا يدل على الضمان كالممسك وغيره .

قالوا : والأصح أنه وإن طالبه الساعى بإخراج الزكاة فامتنع حتى هلك لا ضمان [٢] .

---

(١) الأسرار : ورقة ٢١٣/ ب (شهيد على) .

(٢) انظر المبسوط : ١٧٥/٢ ، بدائع الصنائع : ٨٥٥/٢ ، الأسرار : ورقة ٢١٣/ ب (شهيد على) .

وأما إذا استهلك المال فقد جنى على محل الحق بالإتلاف فضمن وصار كالمولى إذا قتل العبد الجانى يضمن ، بخلاف ما لو هلك بنفسه .

قالوا : وأما صَدَقة الفِطر فالواجب ليس بجزء من المال بل هو واجب فى ذمته بسبب رقبته ورقبته شخص يلى عليه على صفة مخصوصة .

وأما مِلْك المال عندنا إنما اعتبر ليصير غنياً فيكون أهلاً لوجوب الصدقة عليه ونظير هلاك المال فى الزكاة هلاك الرقبة فى صَدَقة الفِطر .

قالوا : وأما الحج فخارج على ما قدَّمنا ، لأن الفوات يتحقق بتأخيره عن وقته فصار جانياً عليه بالتأخير ، وأما إدراكه فى السنة الثانية فهو على التوهم على ما يذكرونه فى كتاب الحج ، وسيأتى إن شاء اللّه تعالى ، هذه الطريقة إذا انتهت إلى هذا الموضع .

وقد ذكروا فى الأمالى طريقة أخرى :

وهو أن وجوب الزكاة كان بصفة فلا يبقى إلا على ذلك الوصف حتى لا يبقى غير ما وجب ، والوصف المشار إليه وصف اليسر ، وهذا لأن المكنة غير كافية لأنه يملك عشرة وعشرين توجد المكنة من إخراج خمسة دراهم لكن لا على سبيل اليُسر ، فإذا بلغ نصاباً تيَّسر ، وصفة اليُسر إنما تبقى ببقاء المال ، فإذا هلك المال فات اليُسر ، لأن صفة اليُسر بإخراجه من المال النامى ليكون النماء فى مقابلة ما يخرجه فتيَّسر عليه فإذا هلك وألزمناه الأداء من كيسه كان غرامة وزال الوصف الذى ذكرناه .

قال : وليس كما لو كان عنده مائتا درهم وحال عليها الحَوْل وهلكت مائة حيث يبقى على درهمان ونصف ، لأن إخراج هذا القَدْر من مائة درهم مثل إخراج خمسة من مائتين وكلاهما بوصف اليُسر إلا أن اعتبار مِلْك المائتين فى الابتداء شرط ليصير أهل وجوب الصَدَقة عليه ثم تلك الأَهلية تعتبر

عند الوجوب فإذا تحقق فحينئذ تسقط بقَدْر الهالك وتبقى بقَدْر الباقى ، وتعلّقوا بهلاك المال قبل التمكن من الأداء .

وقالوا : شرط التمكن لتجب الزكاة بعيد جداً ، ولو استهلك المال قبل التمكن من أداءها غرم الزكاة ولو لم تجب لم يغرم ، كما لو استهلك قبل حؤول الحول ، ولأن التمكن لا يعتبر فى الواجب إنما يعتبر تحقق السبب بدليل النائم والمغمى عليه فى جميع وقت الصلاة تجب عليهما الصلاة ولا تمكن .

وقد قال مشايخهم : إن قَدْر الزكاة فى يده أمانة لحصوله بغير فعله مثل الثوب هَبّ به الريح وألقته فى حجره ، فإذا كان أمانة وهَلَكَ من غير فعله فلا ضمان كما فى الوديعة .

الجواب :

أما الطريقة الأولى فلم أعثر فيها إلا على مجرد الدعوى . ومسألة البيع ممنوعة ، وعلى أحد القولين وإن أبطلنا البيع فهو كبيع المرهون فإن المال وثيقة به ، ومسألة التصدق بجميع المال على أصلهم .

ومسألة منع الزكاة وجوب الزكاة فى الحَوْل الثانى على أصولهم أيضاً .

وإيجاب العُشر فى الزروع لتقدير الواجب بقَدْر معلوم لا لأن الواجب على ما زعموا ، وقد طال تعجبى من هذه الدعوى العريضة التى بَنَى عليها مسائل كثيرة من غير أن يُحَكِّم هذا الأصل بمعنى وإن قَلّ ، وكيف يجوز أن يترك الأصل الذى يعرفه كل أهل العلم وهو أن الوجوب لا يُتصوّر إلا فى الذِّمة بمثل هذه الأشياء ؟

وأما الكتاب والسُنَّة اللذان وَرَدا فى كذا وكذا لتحقيق السُـنِّية وليس كما زعموا .

يبيِّنه : أنه قال عليه السلام : « فى خمس من الإبل شاة » [1] ، والشاة لا تكون جزء من الإبل ، ولهم على هذا حرف يذكرونه فى مسألة القِيَم وسيرد .

وقولهم : « إن الواجب فعل الإخراج » .

قلنا : فعل الإخراج أداء الواجب الذى استقر فى الذمة مثل فعل الإخراج فى سائر الواجبات .

وأما مسألة العبد الجانى ، فنحن نقول : إن الرقبة للعبد بمنزلة الذِّمة للأحرار ، ومعنى التعلق بالرقبة وجوب بيعه فى الجناية .

وعلى أنَّا نقول : وإن هلك العبد الواجب باقى عليه فى الآخرة غير أن السيد لا يؤاخذ بهذا الواجب ، لأنه لا فعل منه / يعنى الجناية ، والواجب واجب الفعل . ٣٨/أ

وأما ههنا فهذا واجب مبتدأ بسبب يكون فى الذمة على ما سبق .

وأما الجواب عن هذه الطريقة على الطريقة الثانية فسهل ، لأن نهاية ما فى الباب أن يُسلَّم لهم ما ادَّعوه لكن هو متعد بالتأخير فيضمن كما لو منع الوديعة من المودع .

وقولهم : « لم توجد الجناية على نفس الحق » .

قلنا : ليس معنى هذا إلا أنه يكون مؤدياً متى أخرج الزكاة ، ويبطل هذا بالمودع إذا منع الوديعة حتى هلكت ضمنها ، ولو منع ثم أدَّى يكون مؤدياً على الحد الذى لو سلَّمها قبل المنع .

والحرف أن المضمن حظرية التأخير وإذا حَرُم التأخير وأَخَّر وهو حق الآدمى على ما سنبيِّن دخل فى ضمانه ، وعندى أن الاعتماد على الطريقة

---

(١) تقدم تخريجه .

الأولى لأنها محض التحقيق ، وخلاصة الفقه ، والتضمين مجرد التأثيم فيه خطر عظيم .

وأما طريقتهم الثانية قولهم : « وجبت الزكاة بصفة اليُسر » .

قلنا : بلى ، الوجوب معلوم ، فأما ضم هذا الوصف إليه فليس عليه دليل اللَّهم إلا أن يكون المراد به إيجاب قليل من كثير وغَيض من فَيض فهذا مسلَّم ، وقد وفيّنا الواجب هذه الصفة حيث لم يوجب إلا على هذا الوجه .

وقولهم : « وجب أن يبقى على وصف ما وجب » .

قلنا : هو ذلك الواجب لم يتغيَّر وبقاؤه بعد هلاك المال من قضية كونه فى الذِّمة وكون المال آلة الأداء ، وهذه الآلة وإن هلكت لم يعوز آلة أخرى. وهذا لأن بهلاك المال لا يصير وصفنا الواجب بكونه قليلاً من كثير فائتاً بل هو على ما كان .

الجواب على الطريقة الثانية ممكن أيضاً ، لأنه وإن وجب على هذا الوصف لكن تعديه أدخله فى ضمانه ، كما لو استهلك المال .

وأما فصل هلاك المال قبل التمكن من الأداء فسقوط الزكاة إن سلَّمنا وجوبها كان لعدم استقرارها ، ودليل عدم الاستقرار عجزه عن فعل الإخراج وسقوطه عنه مع تصوّره منه محسوساً ، بخلاف النائم والمغمى عليه وسقوط غير المستقر غير مستبعَد ، لأنه يكون واجباً من وجهٍ لا من وجهٍ وهذا الحرف إذا أصابه الفقيه مشى الكلام فليتأمل فيه .

وأما قولهم : « إن قَدْر الزكاة أمانة » .

قلنا : ليس كأمانة أموال الناس عند الناس إنما معنى الأمانة أن الشرع جعل الإخراج إليه مثل الصلاة والصوم وغيره وفوَّض إليه ، وجُعلَ أميناً عليه ، وهذا لا يمنع وجوب الضمان عند قيام الدليل عليه . وقد قام الدليل عليه على ما سبق ، واللَّه تعالى أعلم بالصواب .

* * *

(مسألة)

المستفَاد فى خلال الحَوْل لا يُضَم إلى النصاب الذى عنده فى الحَوْل بل يستأنف له الحَوْل عندنا [١] .

وعندهم : إذا كان من جنس النصاب يُضَم إليه وُيزكّى بحَوْله [٢] .

لنا :

ما رواه عبد الرحمن بن زيد بن أسلم عن أبيه عن ابن عمر أن النبى عليه السلام قال : « مَنْ استفاد مالاً فلا زكاة فيه حتى يحول عليه الحَوْل » [٣].

ورواه أيضاً عبد الوهاب الثقفى عن أيوب عن نافع عن ابن عمر عن النبى عليه السلام [٤] ، ذكر هذين الخبرين أبو عيسى الترمذى فى

---

(١) النكت : ورقة ٧٥/ب ، المجموع : ٣١٩/٥ ، حلية العلماء : ٢٢/٣ .

وهو قول الحنابلة (الإفصاح : ٢١٣/١) .

وقال المالكية : « إذا إستفاد ماشية بشراء أو ميراث أو غير ذلك وعنده نصاب من جنسها ضمها إلى ما عنده وزكّى الفائدة لحول النصاب الذى عنده » . انظر الاشراف للبغدادى : ١٦٤/١ ، بداية المجتهد : ٢٧١/١ .

(٢) رؤوس المسائل ص ٢٠٣ ، الهداية مع فتح القدير : ١٩٥/٢ .

(٣) رواه الترمذى فى سننه : ١٢٥/٣ ، مع العارضة فى باب « ما جاء لا زكاة على المال المستفاد » ، والدارقطنى فى سننه : ٩٠/٢ فى باب « وجوب الزكاة بالحَوْل » ، والبيهقى فى سننه الكبرى : ١٠٤/٤ ، فى باب « لا يعد عليهم بما استفادوه من غير نتاجها حتى يحول عليه الحول » .

(٤) رواه الترمذى فى سننه : ١٢٥/٣ مع العارضة .

والدارقطنى فى سننه : ٩٢/٢ فى باب « وجوب الزكاة فى الحَوْل » . =

جامعه [١] ، وروى عن ابن عمر نفسه أيضاً أن المستفَاد يُستأنف له الحَوْل[٢] .

قال : وهو قول مالك والشافعى وأحمد وإسحاق ، ثم حَكَى الضم عن سفيان الثورى وأهل الكوفة [٣] .

فإن قالوا : راوى خبركم عبد الرحمن بن زيد بن أسلم وهو ضعيف [٤] كثير الغلط ، كذا ذكره أحمد وعلىّ بن المدينى [٥] .

قلنا : قد قوَّاه مَنْ روى عنه ، وعلى أنَّا قد روينا بطريق آخر .

وأما الكلام من حيث القياس :

نقول : المستفاد مال مملوك أصلاً بنفسه لا على طريق التبع لغيره فيعتبر له حَوْل نفسه لوجوب الزكاة فيه ، دليله : إذا كان من غير جنس النصاب .

ودليل قولنا : « أنه ليس بتبع لما عنده من النصاب » ، لأنه مملوك بسبب مثل السبب الذى مَلَكَ به النصاب فلم يصلح أن يكون تبعاً له ، لأن مثل الشئ لا يكون تبعاً له بحال .

= والبيهقى فى السنن الكبرى : ١٠٣/٤ ، فى باب « لا يعد عليهم بما استفادوه من غير نتاجها حتى يحول عليه الحَوْل » .

(١) انظر : سنن الترمذى : ١٢٥/٣ مع العارضة .

(٢) انظر : سنن الترمذى : ٣ / ١٢٥ مع العارضة ، وقال : وهذا أصح من حديث عبد الرحمن بن زيد بن أسلم ، ا . هـ .

ورواه البيهقى فى السنن الكبرى : ١٠٣/٤ .

(٣) سنن الترمذى : ١٢٦/٣ مع العارضة .

(٤) انظر ترجمته فى التقريب ص ٣٠٣ ، الكامل لابن عدى : ٥٨١/٤ ، تهذيب التهذيب : ٦ / ١٧٨ .

(٥) ذكر ذلك الترمذى فى سننه ، انظر سننه : ٣ / ١٢٦ مع العارضة .

وذكر قولهما أيضاً ابن عدى فى الكامل : ١٥٨١/٤ .

يدل عليه : أن تبع الشئ ما يكون قيامه به بوجه ما ، وَمَنْ مَلَكَ خمساً من الإبل ثم مَلَكَ خمساً من الإبل فلا قيام للثانى بالأول بوجهٍ ما ، فكيف يُتصورّ إثبات تبعية له ؟ فدل أنه أصل بنفسه مثل الأول ، والحَوْل شرط الزكاة فما لم يوجد لم يجب ، ولم يوجد ففات الوجوب مثل ما إذا لم يوجد فى النصاب الذى عنده ، فإنه يفوت الوجوب كذلك ههنا .

والحرف الوجيز لنا : هو فوات الحَوْل فى المستفاد حسّاً ، وعدم قيام الدليل على كون الحَوْل المنعقد للأصل حَوْلاً له ، لأنه لو كان هو التبعية ، وقد ذكرنا أنه لا تبعية ، وإذا ثبت فوات الحَوْل لم يجز إيجاب الزكاة بلا حَوْل .

وأما حُجَّتهم :

قالوا : مستفاد من جنس النصاب فى حَوْل لم يزك / أصله فيُضَم إليه ويُزكَّى بحَوْله . ٣٨/ب

دليله : الأولاد والأرباح .

وأما الفقه لهم : قالوا : أجمعنا على أن الضم فى الحَوْل مشروع فى الجملة بدليل الأولاد والأرباح ، ولا بُدّ له من عِلّة وأصح عِلّة له الجنسية حكماً وحقيقةً .

أما الحكم فلأن الأولاد والأرباح يُضَم إلى النصاب فى حكم الحَوْل فليس هو بعلّة التفرع والتولّد ، لأن التولّد إن كان عِلّة فهذا عِلّة إسراء الحكم من الأصل إلى الفرع ، ولو كان يوجب إسراء حكم الحَوْل الذى هو شرط الوجوب لكان يوجب إسراء حقيقة الوجوب إذا حدثت الأولاد بعد حَوْل الحَوْل ، وحين لا يكون عِلّة الإسراء حقيقة الوجوب بعد الحول فلأن لا تكون عِلّة إسراء شرط الوجوب أولى ، ولأن الأولاد تأخذ محلية الزكاة بعد الانفصال وزالت التبعية بعد الانفصال بل صارت أصولاً مثل أصولها ، ولأن الأولاد تغير حكم الأصل من الواجب فإنه ربما ينتقل الواجب من سِنّ إلى سِنّ بحدوث

الأولاد والتولد توجب أخذ الأولاد حكم الأصول ، فأما أن يوجب تغيير حكم الأصل فلا .

فدلَّ أنه لا يجوز أن يكون الضم معلولة بعِلّة التفرع والتولد ، فدل أنه بعِلّة الجنسية وقد وُجِدت فى مسألتنا فثبت الضم .

وأما من حيث الحقيقة فلأن الجنس إذا اتحد صار الجميع فى حكم الشئ الواحد لإتفاق الكل فى المعنى ، وإذا صار الجميع كالشئ الواحد يجوز أن يجعل كأنه مَلَكَ الكل فى وقت واحد فيكون بعضه مضموماً إلى البعض ضرورة .

وقد قالوا : إن المستفاد تبع النصاب الذى عنده فى الحكم ، بدليل أن المالك لنصابٍ واحدٍ لو أخرج زكاة أنصبة يجوز ، لأنه عجّل بعد وجود السبب ، وتعجيل الزكاة بعد وجود سببها يجوز فصار النصاب الذى عنده سبباً لِمِلْك المستفاد فصح التعجيل بهذا الوجه .

ولأن المستفاد زيادة على الأصل ، والزيادة على أصل تبع الأصل وهو فى المعنى نظير شجرةٍ تنمو وعبدٍ يكبر وغير هذا من الأمثلة ، وإذا صار له تبعاً له من هذا الوجه وجب الضم مثل ما يجب الضم فى الأولاد والأرباح لما كانت أتباعاً لما عنده . فهذا معتمدهم وأحسن التمسك كلامهم بالأولاد على ما سبق تقريره .

وقد قال بعضهم : إن الحَوْل صار ساقط العبرة فى المستفاد لأجل الحَرَج وهذا لأن وجوه الفوائد كثيرة ، وإذا كثرت وجوه الفوائد كثرت الفوائد ، فيشق حفظ الحَوْل لكل فائدةٍ ، ويلحق المالك إذا أوجبناه عليه حَرَج شديد فسقط عنه بعلّة الحَرَج وهو مثل الأولاد والأرباح لا يعتبر حول جديد لكل ربحٍ ولكل ولدٍ ، لأَنه يكثر فى العادة فتكليف المالك حفظ الحَوْل لكل فائدة يؤدى إلى حَرَج شديد فسقط لعِلّة الحَرَج كذلك ههنا .

قالوا : وأما ثمن السائمة الزكاة وصورته إذا كان عنده نصاب من السائمة ونصاب من الدراهم فسبق مضى حَوْل السائمة وأدّى زكاتها ثم إنه باعها بنصاب

من الدراهم أو دونه لا يضم إلى حول الدراهم التى عنده لأنَّا احترزنا عن هذا فى العبارة بقولنا : « لم يُزَكْ أصله » .

وأما من حيث المعنى ..

قالوا : الجنسية عِلّة الضم على ما ذكرنا ، وقد وُجِدَت فى هذه المسألة إلا أنَّا لم نضم لأنه قام دليل مانع من الضم وهو تحريم الثنى فى الصدقة والضم يؤدى إلى الثنى فى الصدقة .

وقد قال النبى عليه السلام : « لا ثَنَا فى الصدقة » [(١)] ، وإنما قلنا إنه يؤدى إلى الثِنَى لأن الزكاة حق المال ، والثمن بدلٍ عن مُبْدَلٍ قد أدى زكاته والمالية فى البدل والمبدَّل واحد ، ولهذا لا ينقطع حَوْل التجارة بالمبادلة فإذا أوجبنا الضم فى هذه الصورة التى ذكرتم وزكيَّناه عند حَوْل النصاب الذى عنده بثِنَى الصدقة فلأجل هذا امتنع الضم ، ويجوز أن يمتنع عمل العِلّة بمانعٍ من العمل ، هذا من جملة ذلك ، وليس كما لو أدَّى صَدَقة الفِطر عن عبده ثم باعه حيث يضم ثمنه إلى النصاب الذى عنده ، لأن صَدَقة الفِطر ليس بحق المال إنما هو حق الرقبة ، بدليل وجوبها فى رقبة الحر .

وإنما مِلْكُ المالِ شرطُ الوجوب فلم يؤدِ الضم إلى الثِنَى فى الزكاة ، وليس كما لو أدَّى عُشر الزرع ثم باع الزرع بدراهم حيث يضمها إلى ما عنده من النصاب ، لأن العُشر ليس بحق الزرع ، إنما هو حق الأرض النامية مثل الخراج على ما نذكر من بعد فلم يؤد الضم إلى الثِنَى فى

---

(١) رواه ابن أبى شيبة فى مصنفه : ٥ / ٢١٨ ، فى باب « مَنْ قال لا تؤخذ الصدقة فى السنة إلا مرة واحدة » .

ومعنى قوله : « لا ثِنَى » أى لا تؤخذ الزكاة مرتين فى السنة ، والثِنى بالكسر والقصر (انظر : النهاية فى غريب الحديث : ١/٢٢٤) .

الصدقة بخلاف ما نحن فيه على ما سبق بيانه . وقد احتج بعضهم بفصل القدرة .

وقالوا : المستفاد يُضَم إلى ما عنده فى القدر فيُضَم إلى ما عنده فى الحول / بل الحَوْل أولى بالضم ، لأن القدر أصلٌ والحول وصف فإذا ضم المستفاد إلى ما عنده فيما هو الأصل فلأن يُضم فى الوصف أولى .

٣٩/أ

وبيان الضم فى القدر عدم اعتبار القدر فى المستفاد لا تفسير له سوى هذا وذلك إذا كان عنده مائتا درهم فملَكَ زيادة عليها لم يُعتبر النصاب فيها أصلاً .

أما عندكم يجب فى الزيادة بحساب ما سبق قلَّ أو كثر .

وعندنا يجب إذا مَلَكَ أربعين درهماً [١] ، ولم يعتبر مِلْك المائتين ، وكذلك مَنْ عنده ثلاثون من البقر ثم مَلَكَ عشرة وحال عليها الحَوْل يجب فيها رُبع مسنة .

وكذلك قلتم مَنْ كان عنده خمس وثلاثون من الإبل ثم [٢] مَلَكَ بعيراً وحال عليه الحَوْل يجب عليه جزء من ستة وثلاثين جزء من بنت لبون وأمثال هذا يكثر وأصل الإيجاب فى هذه المواضع ليس إلا باعتبار الضم فى القدر .

قال أبو زيد فى آخر المسألة [٣] :

(ووجه آخر عن الاستدلال بالنص الحديث المشهور فى باب الزكاة فى حديث ابن عمر وعمرو بن حزم : « ليس فى أقل من خمس من الإبل السائمة

---

(١) الأسرار : ورقة ١٩٧/ب (شهيد على) .

(٢) زيادة يقتضيها النص .

(٣) انظر : الأسرار ورقة ١٨٩ /أ (شهيد على) .

الصدقة فإذا كانت خمساً ففيها شاة ثم ليس فى الزيادة شئ حتى يكون عشراً فإذا كانت عشراً ففيها شاتان ... » إلى آخره .

ونحن نعلم قطعاً أن الزيادة خمساً على خمس لا يكون كما حال الحَوْل على الأصل ولا تقع جملة فلما أوجب الشرع شاتين بوجود الحَوْل عُلِمَ أن الضم واجب وكذلك بنت مخاض بزيادة خمس بعد العشرين)[1] .

الجواب :

أما التحرير فليس فى صورته دليل على الحكم ، لأن الخلاف فى مستفاد بهذه الصورة وقع فلا بد من بيان المعنى .

وأما قولهم : « إن الجنسية عِلّة الضم » .

قلنا : التعليل بالجنسية فاسد ، لأن الضم فى الحَوْل إثبات تبعية المستفاد للنصاب الذى عنده ، لأنه إذا لم يكن تبعاً لم يُتصوّر القول بالضم ، لأنه لا يكون ضم المستفاد إلى النصاب أولى من ضمه إلى المستفاد ، فدل أن القول بالضم مبنى على إثبات التبعية ولا دليل على التبعية ، لأن المجانسة لا تدل على التبعية ، ويجوز أن يوجد أصلان من جنسٍ واحدٍ والدنيا ملاآء من هذا .

وإنما حدّ التبع ما ذكرنا ، وهو أن يكون قيامه به بوجه ، ولا يوجد هذا فى مسألتنا على ما سبق .

ويخرج فصل الأولاد على هذا ، لأن قيامها كان بالأمهات والآن صار أصلاً بذواتها فيجوز أن يقال إنها اتباع ، وكذلك الأرباح والذى ذكر من الكلام على عِلّة التفرع فلا يسمع لا ادعينا[2] التبعية محسوساً وعيناً قبل الانفصال .

وقولهم : إنها صارت أصولاً » .

---

(١) ما بين القوسين نقلاً من الأسرار ورقة ١٨٩/أ (شهيد على) .

(٢) كذا فى المخطوط ولعله : لإدعائنا .

قلنا : انفصلت على التبعية إلى أن صارت أصولاً بعد تمام الانفصال وإنما لم يسرِ الوجوب بعد الحَوْل ، لأن الوجوب يكون فى الذِّمة فيكف يسرى معنى الذِّمة فى الأولاد ؟

وأما تغير حكم النصاب كان لأن الأولاد قد صارت أصولاً بعد الانفصال ، والحرف أنها انفصلت حين انفصلت اتباعاً فسرى إليها حكم الحَوْل المنعقد على الأصول ولما صارت أصولاً بعد الانفصال جاز تغير حكمها على ما نص عليه الشارع هذا تمشية مع جواب الأصحاب ، وقد استدل الأصحاب على تصحيح عِلَّة التفرع بمسألة نصُّوا عليها فى الجامع الكبير وهى أنه إذا كان عنده نصابان مختلفان فى الحَوْل من جنس واحد فاستفاد مالاً يُضَم إلى أقربهما إلى الحَوْل ، ولو كان من ربح أحدهما أو نتاجه يُضم إلى أصله وإن كان أبعدهما من الحَوْل بعِلَّة التفرع ، ولهم على هذا عذر ذكرتُه فى التعليق ، والجواب سهل .

ويمكن أن يُجاب بجواب أولى من هذا ، وهو أن اعتبار الحَوْل فى الأولاد سقط بالحَرَج ، لأن الأولاد يكثر حصولها ، وتتفاوت أوقاتها وأزمانها تفاوتاً فاحشاً ، وإذا أوجبنا اعتبار حَوْل كل ولد يحصل من زمان الحصول وكذا كل ربح يحصل من زمان التجارة ، وزمان الحصول مع كثرة البياعات واشتغال التجار بها فى جميع أوقاتهم ، وكثرة الأولاد لكثر السوائم أدى إلى حَرَج فى نهاية العِظَم فسقط لاعتبار هذا الحَرَج .

وهذا لا يوجد فى الفوائد من وجوه الإرث والهبات والشراء وغير ذلك لأنه لا يكثر ، واستفاد صاحب السائمة زيادة على السائمة بهذه الوجوه يندر ويقل فلا يؤدى إلى الحَرَج ، وإن ادَّعوا وجود الحَرَج على ما ذكروا يكون مجرد دعوى زيادة بلا برهان وهذا الجواب أولى من الأول ، وعليه الاعتماد .

وأما سائر ما قالوه فى إثبات التبعية فليس بشئ ، ومسألة التعجيل على أصولهم ، وقولهم : « إن الزيادة على أصل يكون وصفاً له ويكون كشجرة تطول ، وصغير يكبر » .

٣٩/ب فَهَوَسٌ ، وَمَنْ مَلَكَ / خمساً من الإبل ثم بعد شهرين يملك خمساً من الإبل ، كيف تكون الخمسة الثانية وصفاً للخمسة الأولى ؟

وأما قولهم : « إن الكل فى المعنى واحد » .

قلنا : ولا يجوز أن يكون الغرض والمطلوب من شيئين معنىً واحداً ولا يكون أحدهما تبعاً للآخر ، أليس فى المرأتين والهدين [1] ، والجاريتين والدابتين يتفق الغرض فى كل شيئين من هذه الأشياء ومع ذلك لا يكون أحدهما تبعاً للآخر ؟

وأما تعلقهم بضم القدر فهو مندفع بجدال جيد قريب المأخذ سهل المتناول ، وذلك لأن الواجب فى الصورة التى قالوها يبتنى على قدر المستفاد حتى وجب فيه بقدره ، ولم يجب بقدر الأصل ، فكذلك الواجب فى مسألتنا وجب أن يبتنى على حَوْل المستفاد حتى يجب فيه بحوله ولا يجب بحَوْل الأصل .

يبيِّنه : أن القدر الذى عنده لم يجعل كأن المستفاد مشتمل عليه بالحَوْل المنعقد على ما عنده وجب أن يجعل كأنه حائل على المستفاد .

ثم الجواب معنىً :

إن المال قد كثر بالمستفاد فإذا كثر قدراً يكثر الواجب ثم يكون الواجب فى الأصل بقدره وفى الزيادة بقدرها .

---

(١) كذا فى المخطوط ، ولعله : العبدين .

فإن قالوا : « لِمَ لا يُعتبر وجود قدر كأصل فى المستفاد يعنى النصاب » .

قلنا : أما فى الدراهم والدنانير سقط بالنص فإن النبى عليه السلام قال : « وفيما زاد فبحسابه » [1] .

وأما السوائم فلأن النصاب المعهود اعتبر فى السوائم ليصير غنياً بالغنى الشرعى ويصير محلاً لوجوب الزكاة عليه ثم توجب الزكاة عليه إذا كمل نصاب بالزيادة مثل الصورتين اللتين قالوهما فى أمثال ذلك .

لأن إخلأهما عن الواجب لا يمكن وقد كمل بها نصابٌ شرعاً غير أنَّا أوجبنا بقدرها ، ولم يثبت الضم الذى ظنوه ، ولم يوجب فى الزيادة إذا لم يكمل بها النصاب ، لأنها فى الشرع وقص ، والوقص حقيقة ما خلا من الوجوب الزائدة ، فهذا وجهُ الجواب معنىً .

وقد أعيا كثيراً من الفحول فليتمسك به وليقارع عليه .

وقد أورد بعضهم على الضم قدراً فصل الجمعة ، ولست أرى الاعتماد عليها لوجوه ذكرتُها فى التعليق .

وأما الخبر الذى تعلّقوا به فالخبر صحيح .

ووجه تعلقهم فى هذه المسألة ضعيف ، لأن الخبر وارد لبيان مقادير الواجبات فى مقادر النُصُب على الإطلاق من غير تعرض لمحال التفاصيل ، فإذا جاءت التفاصيل فيُطلب الدليل من موضع آخر وقد ذكرنا . والله أعلم بالصواب .



(١) رواه الدارقطنى فى سننه : ٩٢/٢ .

(مسألة)

صغار الغنم تجب فيها الزكاة عندنا [1] .

وعندهم : لا تجب [2] .

وقول أبى يوسف مثل قولنا [3] .

لنا :

إن الزكاة على التوقيف ولم يرد التوقيف فيها إلا بذكر عدد من جنس مخصوص مثل خمس من الإبل ، وأربعين من الغنم ، وثلاثين من البقر ، ثم وَرَدَ بناء الواجب عليه ، واسم الجنس يشتمل على الصغار والكبار والعدد المسمى يؤخذ فى الكل فوجب إثبات الواجب على كل حال .

يبيِّنه : أن السنّ صفة مثل صفة المرض والصحة والهزال والسمن ثم رأينا أن هذه الصفات غير معتبرة بل إذا وُجِدَ العدد المذكور من الجنس المذكور وجبت الزكاة على أىّ صفة كان الجنس ، كذلك صفة السن تلحق بسائر الصفات ، ولا ينظر إلى أىّ سن كان الجنس الموجود .

---

(١) حلية العلماء : ٢٤/٣ ، المهذب : ٢٠٣/١ .

وبه قال أحمد ومالك ، المغنى : ٤٦/٤ - ٤٨ ، الإشراف للبغدادى : ١٦١/١ .

(٢) الأسرار : ورقة ١٨٤/ب (شهيد على) ، مختصر الطحاوى ص ٤٥ .

وقال زفر : تجب فيها الزكاة (بدائع الصنائع : ٨٧٣/٢) .

(٣) وبه أخذ الطحاوى ، الأسرار : ورقة ١٨٤/ب (شهيد على) .

مختصر الطحاوى ص ٤٥ ، بدائع الصنائع : ٧٨٣/٢ .

وقد استدل الأصحاب بالكبار والصغار والمختلط بعضها ببعض فإنه تجب فيها الزكاة بالإجماع ، وقالوا : كل نوعين يجب الزكاة فيهما عند اختلاط أحدهما بالآخر يجب فى كل واحد منهما على الانفراد وتمام العدد منه .

دليله : الضاينة والمعز [١] والجواميس والبقر [٢] .

وأما حجتهم :

قالوا : نقصان السن نقص يمنع وجوب السّن المنصوص عليه فيمنع وجوب الزكاة أصلاً .

دليله : نقصان العدد .

يبيِّنه : أن الفرض تارة يتغير بالسّن وتارة يتغير بالعدد بدليل فرائض الإبل والبقر لما كان النقصان من حيث العدد مانعاً من وجوب الزكاة فى الجملة فيكون النقصان من حيث السن كذلك أيضاً .

ومعتمدهم : هو أن الزكاة على التوقيف وقد وَرَدَ التوقيف بوجوبه على ترتيب مخصوص ، ومعنى هذا أن فى الإبل يبتدؤن بالغنم ثم تجب بنت مخاض ثم يتنقل من بنت المخاض إلى بنت اللبون ثم إلى الحِقّة ثم إلى الجذعة على ما عُرِف .

وأما البقر فيجب التبيع [٣] ثم المسنة [٤] ثم تستقر الأوقاص على عدد

---

(١) أى فتضم الضأن إلى المعز ، ذكر ابن المنذر الإجماع على ذلك .
انظر : كتاب الإجماع ص ٤٧ ، وذكره أيضاً ابن قدامة فى المغنى : ٤/ ٥٠ .

(٢) أى فتضم الجواميس إلى البقر ، لأنها نوع من أنواع البقر .
ذكر الإجماع على ذلك ابن قدامة فى المغنى : ٣٤/٤ ، ٣٥ . المحلى : ٤١٦/٥ .

(٣) التبيع : الذى له سنة ، ودخل فى الثانية (انظر المغنى : ٣٢/٤) .

(٤) المسنة التى لها سنتان ، وهى الثنية (انظر المغنى : ٣٣/٤) .

معلوم ، والواجب على ....[1] سن معلوم ففى كل موضع أمكن الإيجاب على هذا الوجه أوجبنا وإلا لم نوجب أصلاً ، لأن الأصل عدم الوجوب .

يدل عليه : أن عندكم [2] يجب فى خمس وعشرين من الفصلان فصيل ثم بعد / ذلك لا يجب حتى يبلغ العدد ستاً وثلاثين فيجب حينئذ فصيلان ثم بعد ذلك إلى مائة وإحدى وعشرين فتجب ثلاث من الفصلان . ٤٠/أ

فنقول : الشرع وَرَدَ بزيادة واجب على واجب إذا وجد زيادة نصاب على نصاب ونعنى بذلك وجوب بنت لبون وحِقّة وجذعة عند وجود ستة وثلاثين ، وستة وأربعين ، وإحدى وستين ، ففى الفصلان زيادة النصاب لا عمل لها فى زيادة الواجب حتى إنه يجب فى ستة وثلاثين من الفصلان مثل ما يجب فى خمس وعشرين ، وكذلك فى ستة وأربعين وإحدى وستين ، فنقول : كل ما لا تعمل زيادة النصاب فيه فى زيادة الواجب لا يعمل النصاب فيه فى أصل الواجب ، وإن شئت استدللت عكساً فقلت : لو كان أصل النصاب يؤثر فى أصل الواجب لكان زيادة النصاب يؤثر فى زيادة الواجب كالكبار ، وعلى العكس منه كل جنس لا زكاة فيه .

وقالوا : وخرج على ما قلنا المرضى والهُزَال ، وخرج أيضاً إذا اجتمع الصغار مع الكبار فإن فى هذه الصورة إنما يجب فى الكبار على الترتيب الوارد من غير تغيير بخلاف مسألتنا .

---

(١) فى المخطوط بياض .

(٢) أى عند الشافعية . انظر المجموع : ٣٧٢/٥ ، قال : النووى : « فيأخذ من ست وثلاثين فصيلاً فوق الفصيل المأخوذ فى خمس وعشرين ، وفى ست وأربعين فصيلاً فوق المأخوذ فى ست وثلاثين وعلى هذا القياس » اهـ .

احترازاً من التسوية بين القليل والكثير .

الجواب :

إن قولهم : « هذا النقصان يمنع وجوب السّن المنصوص عليه » ، فقد منع بعضهم على الإطلاق هذا وقال : يجب فى الصغار ما يجب فى الكبار وهو قول زفر من أصحابهم وهو القول الأول لأبى حنيفة رحمة الله عليه وإن كان قد رجع عنه [1] .

ثم وإن سلّمنا أنه لا يجب فى الصغار ما يجب فى الكبار فنقول : إنما كان كذلك لأنَّا إن أوجبنا ما أوجبنا فى الكبار أدَّى إلى ضرر عظيم بأرباب الأموال وإجحاف بهم ، والشرع وَرَدَ بإيجاب الزكاة على نظرٍ يشتمل من الجانبين فلا يجوز تركه فى أحد الجانبين ، والحمل عليه بالكلية فعلى هذا نقول : وُجِدَ سبب الوجوب بوجود العدد من الجنس المخصوص فلا يمكن الإسقاط لما بيّنا من الدليل .

وحرفنا فيه : وهو أن الشرع ذكر العدد والجنس ولم يتعرض للوصف فالتعرض له فى أصل الإيجاب اعتراض على الشرع ، ثم قام دليل آخر وهو منع الشرع من الإجحاف بأرباب الأموال بدليل أنه أمر بالوسط ، ونهى عن أخذ كرائم أموال الناس فقام الدليل على أصل الوجوب فقلناه به واعتقدناه ، وقام الدليل على المنع من الإجحاف بأرباب الأموال فلم يمكننا أن نوجب الأسنان المنصوص عليها فأوجبنا فيها من جنسها فعملنا بالدليل فى الطرفين ، فعملنا بالدليل القائم على أصل الوجوب ، وعملنا بالدليل المانع من الإيجاب على وجه يضر بأرباب الأموال ، والعمل بالدليل بقدر الممكن واجب فعلى هذا نوجب فى السخال سخلة ولا نغير هنالك فى الفرض إلا بالعدد فلم تغير إلا بالعدد .

---

(١) الأسرار : ورقة ١٨٤/ب (شهيد على) ، مختصر الطحاوى ص ٤٥ ، بدائع الصنائع : ٨٧٣/٢ .

وأما فى الإبل والبقر فيعتبر قدر الإمكان فنوجب فى خمس وعشرين من الفصلان فصيلاً لقرب قيمته من بنت مخاض ، وفى ستة وثلاثين فصيلاً يقرب قيمته من بنت لبون ، وكذلك فى ستة وثلاثين ، وفى ستة وأربعين أو يعتبر أربعاً متقارباً فى القيمة للفصلان التى نوجبها فى هذه المواضع [١] .

وعلى أنَّا إن قلنا إنه يجب شئ واحد فى خمس وعشرين ، وست وثلاثين وست وأربعين وإحدى وستين على معنى أنه يجب فى الكل فصيل فصيل ، فلأنه لا يمكن إيجاب غير ذلك ، ولو أمكن لفعلنا .

وأما إخلا المال من أصل الواجب مع كونه على الوصف الذى بيَّنا فمحال . فهذا هو الجواب عن معتمدهم وهو جواب حسن جيد خارج على المذاهب فليعتمد عليه .

وأما تعلقهم بنقصان العدد ، فليس بشئ ، لأنه دخل الجواب عنه فيما قلناه ، ويمكن التعلق فى الجواب الذى ذكرناه عن معتمدهم بالمرضى والهرمى ، فإنه يجب واحد منهما ، ولا يجب الوسط المعهود ، لأن فى إيجاب الوسط المعهود إجحافاً وإضراراً برب المال فأوجب الواحد من النصاب وإن لم يكن وسط بل كان من رِذَال المال ، وكان المعنى أن الكل رِذَال فلم يمكن إخلاؤه من الواجب مع وجود النصاب المعروف ، ولم يمكن إيجاب الوسط المعهود لتضمنه الإجحاف برب المال ، فعملنا بالدليل بقدر الممكن ، وهو العمل بأصل الإيجاب والرضا بالواحد من الموجود ، كذلك ههنا ، والله أعلم .



---

(١) انظر المجموع : ٥ / ٣٧٢ .

(مسألة)

الخلطة الصحيحة بشرائطها مؤثرة فى الزكاة عندنا [1] .

وبيان التأثير أن الخليطين يُصدّقان ماليهما صدقة المال الواحد للمالك الواحد وإن كان نصب كل واحد من الخليطين ناقصاً عن النصاب وذلك بعد أن صحت الخلطة واتصل بها شرائطها .... [2] المعهودة فى الشرع على ما عُرِف فى المذهب .

وعنده : لا تأثير للخُلطة أصلاً [3] ، وحكم كل واحد من الخليطين عند الاختلاط مثل حكمه عند الانفراد بلا فرقان ، حتى لو كان / مِلْكُ كل واحد منهما قاصراً على النصاب لم يجب شئ أصلاً ، وإن كان مِلْكُ

٤٠/ب

---

(١) المهذب : ٢٠٤/١ ، المجموع : ٣٨٤/٥ ، الأم : ١١/٢ ، ١٢ ، النكت: ورقة ٧٧/أ .

وهو قول الحنابلة والمالكية ، المغنى : ٥١/٤ ، الإفصاح : ٢٠٤/١ ، الإشراف للبغدادى : ١٧١/١ ، الموطأ مع شرحه المنتقى : ١٣٦/٢ .

ولكن اختلف مالك وأحمد والشافعى فى مقدار الخلطة :

فقال مالك : لا تأثير للخلطة إلا إذا كان لكل واحد من الخليطين نصاب .

وقال أحمد والشافعى : الخلطة تؤثر إذا كان لهما أربعون شاة فاختلطا فعليهما الزكاة .

(٢) بياض فى المخطوطة ، ولعلها تكون « المؤثرة » .

(٣) المبسوط : ١٥٣/٢ ، بدائع الصنائع : ٨٦٨/٢ ، الأسرار : ورقة ٢٢٨/أ (شهيد على) ، رؤوس المسائل ص ٢٠٦ .

أحدهما قاصراً والآخر كاملاً يعتبر حالهما بحاليهما عند الانفراد فيعمل على ذلك .

لنا :

حديث ابن عمر رضى الله عنهما أن النبى ﷺ قال : « لا يُفرِّق بين مجتمع ولا يُجمع بين متفرِّق مخافة الصدقة ، وما كان من خليطين فإنهما يتراجعا بينهما بالسوية » [(١)] .

الاستدلال : أن الاجتماع والتفرق حقيقة فى المكان مجاز فى غيره يقال : جمع كذا وكذا إذا قارب بينهما مكاناً ، وفرَّق بين كذا وكذا إذا باعد بينهما مكاناً.

وإذا ثبت أنه حقيقة فى المكان فقد نهى صلى الله عليه وسلم عن التفريق بين المجتمع فى المكان مخافة الصدقة ، وذلك لا يكون إلا على أصلنا حيث نقول : إن المجتمع فى المكان تجب فيه الزكاة وإذا تفرَّق سقطت فيكون النهى منصرفاً إلى المالكين مخافة أخذ الساعى على الصدقة [(٢)] .

---

(١) رواه البخارى فى صحيحه : ٣١٤/٣ ، ٣١٥ مع الفتح ، فى باب « لا يُجمع بين متفرق ولا يُفرِّق بين مجتمع » ، وباب « ما كان من خليطين فإنهما يتراجعا بينهم بالسوية » .

والنسائى فى سننه : ٥ / ٢١ فى باب « زكاة الغنم » عن أنس بن مالك .

وأبو داود فى سننه : ٢٢٢/٢ مع المعالم فى باب « زكاة السائمة » .

وابن خزيمة فى صحيحه : ٢٦/٤ فى باب « الزجر عن الجمع بين المتفرق ... » .

والحاكم فى المستدرك : ٣٩٢/١ ، ٣٩٣ فى « كتاب الزكاة » .

وأحمد فى المسند : ١١/١ ، ١٢ .

وابن ماجة فى سننه : ٥٧٦/١ ، ٥٧٧ ، فى باب « ما يأخذ المصدق من الإبل » عن ابن عمر وليس فيه لفظة : « وما كان من ...... » .

(٢) قال الخطابى فى معالم السنن نقلاً عن الشافعى فى معنى هذا الحديث : =

وأما قوله : « لا يُجمع بين متفرِّق » فهو محمول على المتفرِّق عنه فى المكان أيضاً ، وقد ورد النهى عن جميعه فيكون النهى عن جميعه منصرفاً إلى الساعى [1] ، وكذا نقول : إذا كان متفرِّقاً فى المكان لا يجمع ليأخذ [2] ، ويجوز أن يكون قوله : « لا يُفرَّق بين مجتمع » منصرفاً إلى الساعى أيضاً [3] ، وذلك فى ثمانين من الغنم بين رجلين فى مكان واحد لا يفرِّق ليأخذ من كل واحد شاة ثم قال صلى اللّه عليه و سلم : « وما كان من خليطين فإنهما يتراجعان بينهما بالسوية » .

وهذا أيضاً دليل على تأثير الخُلطة أخذاً على معنى أن للساعى أن يأخذ الواجب من المال الذى بين الخليطين ، ويجعل الجميع بمنزلة الواحد ثم يثبت منهما التراجع على ما يوجبه أصل مِلْك كل واحد منهما ، هذا بيان تأثير الخلطة أخذاً ، والأول دلَّ على تأثير الخُلطة وجوباً وسقوطاً .

وقد روى الأصحاب فى آخر الخبر زيادة وهو أنهم رووا أن النبى عليه السلام قال : « والخليطان ما اجتمعا فى الحوض والفحل والمرعى » [4] .

ولئن ثبت هذا فهو لبيان شرائط الخُلطة ، وعندكم الخلطة وشرائطها ساقط لغو ، وليس لهم للخبر تأويل متضحٍ يستقيم على أصولهم غير أن بعض أصحابهم قال : المراد من التفريق والاجتماع هو فى الملك لا فى المكان .

=« والخطاب فى هذا خطاب للمصدق ولرب المال معاً ، وقال : الخشية خشيتان : خشية الساعى أن تقل الصدقة ، وخشية رب المال أن تكثر الصدقة فأمر كل واحد منهما أن لا يحدث فى المال شيئاً من الجمع والتفريق خشية الصدقة » ا.هـ .

معالم السنن : ١٢٣/٢ ، الأم : ١٢/٢ .

(١) معالم السنن : ١٢٣/٢ نقلاً عن الشافعى .

(٢) ، (٣) انظر المغنى : ٦٣/٤ .

(٤) رواه الدارقطنى فى سننه : ١٠٤/٢ عن سعد بن أبى وقاص .

وقالوا : وعندنا المجتمع فى المكان لا يفرّق ، والمتفرِّق فى المِلْك لا يجمع وليس هذا التأويل بشئ لأنه ترك الحقيقة على ما سبق .

ولأن تفريق المجتمع ملكاً ، وجمع المتفرق ملكاً من الساعى وصاحب الزكاة لا يُتصوّر ، اللّهم إلا بالبيع أو الشراء ، وهذا لا ينهى عنه المالك ولا يُتصوّر من الساعى .

فإن قالوا : لا يُفرّق مكاناً بين المجتمع ملكاً ولا يجمع مكاناً بين المتفرِّق ملْكاً فقد عادوا إلى ما ذكرناه من التفرق والاجتماع فى المكان ، وإذا حمل عليه بعض الخبر لا بد أن يُحمل عليه جميع الخبر فصار التعلق بالخبر فى هذه المسألة فى نهاية الوضوح .

وإن ذكروا خبراً من المنع من إيجاب الزكاة فيما دون النصاب فهو محمول على حال الانفراد وبه نقول .

وإنما الكلام فى حكم الخُلطة وقد وَرَدَ فيه لفظ خاص من صاحب الشرع يدل على تأثيرها على ما سبق .

وأما الكلام من حيث المعنى :

فالكلام فيه عسر جداً ، والذى يمكن أن يُعتَمد عليه هو أن السائمة بين الخليطين سائمة واحدة وقد بلغت عدد النصاب ، والمالكان من أهل الوجوب عليهما فصارت كما لو كانت لمالك واحد .

وإنما قلنا : « إن السائمة واحدة » ، لأن السائمة إنما صارت سائمة بمعانى من المراح والمرعى والمسرح والبئر والفحل والراعى وغير ذلك ، فإذا اجتمعت هذه المعانى صارت السائمة مجتمعة وجعلت كسائمةٍ واحدةٍ لمالكٍ واحدٍ.

يدل عليه : أن الشرع لم يعتبر إلا بلوغ السائمة عدداً معلوماً فإذا وُجِدَ

ذلك العدد ، ووُجِدَ وصف السوم فقد تم السبب فلم يُنظر إلى اتحاد المِلْك أو تعدده .

يبيِّنه : أن القياس الكلى أن الواجب إذا تعلّق بعدد يتعلق أبعاض ذلك الواجب بأبعاض ذلك العدد ، ونعنى بهذا أنه إذا وجب فى أربعين شاة واحدة منها يتعلق بعشرين نصف شاة إلا أن الشرع لم يوجب عند التفرد بملك نصف النصاب نظراً لأرباب الأموال ، فإن السائمة إذا قَلّ عددها كثرت مؤنتها وقَلّ رفقها فيكون فى إيجاب الزكاة فيها إضراراً وإجحاف برب المال فسقط الواجب بنوعٍ نظرٍ ، فإذا بلغ العدد المسمى فى النصاب وإن كان لجماعة واتفقت الخُلطة بشرائطها خفَّت المؤنة خِفَّة بيِّنة وكثر الرفق فزال المعنى الذى كنا نعتبره فى إسقاط الواجب فقلنا بالوجوب ورجعنا إلى الأصل الكلى الذى قدَّمناه ، ولم ننظر إلى اتحاد المالك أو تعدده ، لأنه ليس فى اتحاده أو فى تعدده معنىً يؤثر / فى الوجوب أو السقوط فهذا المعنى الذى قلناه نهاية ما يمكن التعلق به من حيث المعنى وهو وجه حسن يمكن تمشيته فليُعتمد عليه . ٤١/أ

وأما حُجَّتهم :

قالوا : مِلْكُ كل واحد منهما قاصر على النصاب فلا تجب عليه الزكاة .

دليله : إذا كان منفرداً ، وهذا لأن كمال النصاب جزء ابتداء الوجوب فلا يُتصوّر وجوب قبل مِلْكه نصاباً كاملاً .

يبيِّنه : أنه لو وجب الزكاة قبل تمام مِلْك النصاب سقط اعتبار النصاب ، وحين اتفقنا على اعتبار النصاب دلّنا ذلك أن المِلْكَ قبل تمامه بمنزلة العدم .

قالوا : وأما قولكم : « إن المؤنة قد خفَّت بالخلطة » .

قال : « خفة المؤونة بناء على وجود النصاب أولاً فما لم يوجد النصاب

لا تعتبر خفة المؤنة ، فإن الواجب بالشرع عُرف ، والشرع اعتبر عدد النصاب ووصف السوم فما لم يوجد كل واحد منهما لا يوجد الوجوب .

وحرفهم أنهم يقولون : نحن لا ننكر أن الخُلطة تفيد خفة المؤنة من وجه لكن زيادة خفة المؤنة بالخلطة كأصل خفة المؤنة بالسوم ، ثم أصل خفة المؤنة لا تعتبر إلا فى نصابٍ كامل ، كذلك زيادة خفة المؤنة لا تعتبر إلا فى نصابٍ كامل .

وقالوا أيضاً : إنكم جعلتم خفة المؤنة سبباً لنقصان الواجب فإنكم قلتم : لو مَلَكَ رجلان ثمانين من الغنم وحصلت بينهما خُلطة تجب عليهما شاة واحدة ، ولو لم تكن هذه الخُلطة لوجبت على كل واحد منهما شاة كاملة .

قالوا : وأما تعلق مشايخكم من جواز أخذ الساعى حقه من عرض الغنم وإن كان قد وجب على أحدهما ولم يجب على الآخر .

وذلك فى صورة ستين من الغنم بين رجلين لأحدهما أربعون وللآخر عشرون ، وإنما جوّزنا ذلك ، لأن الساعى يلحقه الحَرَج فى طلب القسمة بينهما ثم بناء الأخذ عليه فلأجل دفع الحَرَج أطلقنا له الأخذ من عرض الغنم ثم يثب بينهما التراجع عند قسمة المأخوذ على النصبين .

وربما يقولون : أطلقنا الأخذ لأجل النص وهو قوله عليه السلام : « وما كان من خليطين فإنهما يتراجعان بالسوية » (١) .

وهذا مطلق الأخذ مثبت للتراجع .

وأما أبو زيد (٢) فقد قال فى هذه المسألة : « إن كل واحد منهما فقير فلا تجب عليه الزكاة ، والدليل على الفقر حِلّ الصدقة ، وزعم أن الفقير

---

(١) سبق تخريجه .

(٢) انظر : الأسرار : ورقة ٢٠٥/ب (شهيد على) .

لا يكون محل وجوب زكاة بحال ، والغنى لا يكون محل حِلّ الزكاة بحال ، وهذه طريقة يأتى شرحها فى مسألة زكاة المديون .

الجواب :

أما قولهم : « إن ملك كل واحد منهما قاصر عن النصاب » .

قلنا : ولِمَ قلتَ لا تجب الزكاة إذا كان مِلْكُ كل واحد منهما قاصراً عن النصاب فإن تعلق بحال الانفراد فقد ذكرنا أن سقوط الزكاة فى حال الانفراد كان على جهة النظر لرب المال ولدفع الضرر عنه ، وهذا المعنى معدوم فى حال الاختلاط ، وإن تعلق بالمعنى وقال : لما كان مِلْكُ كل واحد منهما قاصراً عن النصاب فهو فقير فلا تجب عليه الزكاة ، فهذه طريقة يأتى الجواب عنها فى مسألة المديون ، وعلى الفور تبطل بابن السبيل فإنه فقير بدليل حِلّ الصدقة له ومع ذلك تجب عليه الصدقة ، ثم نقول : مِلْكُ كل واحد من الشريكين وإن كان قاصراً عن النصاب لكن النصاب فى نفسه كامل ، والسائمة واحدة ، والعبرة بوجود نصاب كامل من السائمة سواء أكان لواحد أو لاثنين .

يبيِّنه : أنه لما كانت السائمة واحدة بإجماع شرائط الخُلطة واتحادها وجب الإعراض عن اتحاد المالك وتعدده لمعنيين :

أحدهما : فلأن الشرع لم يعتبر إلا وجود السائمة بعددٍ معلومٍ وقد وُجِدَ فما وراء ذلك فهو ساقط العبرة .

وأما الثانى : فلأنه ليس فى تعدد المالك معنى يمنع الوجوب سوى النظر له وحين صارت السائمة واحدة ، واتحدت شرائط الخُلطة ، وخفة المؤنة على ما سبق وجب النظر لجانب الفقراء ، ومن النظر لهذا الجانب هو الإعراض عن اقتران المالكين لاعتبار اتحاد السائمة وجعلها كأنها لمالك واحد .

وقولهم : « إن خفة المؤنة بعد وجود نصاب كامل فى نفسه » .

قلنا : قد ذكرنا أن اعتبار نصاب كامل عند الانفراد كان لمعنى لا يوجد ذلك المعنى عند الخلطة .

وقولهم : « إن أصل خفة المؤنة بالسّوم لم يُعتبر إلا فى نصاب كامل ».

قلنا : قد كثرت المؤنة فى تلك الصورة لاحتياج كل واحد إلى مسرحٍ ومراحٍ وبئرٍ وراعٍ وغير ذلك على الانفراد ، وهذه الأشياء لا بد فيها من تحمل مؤن بخلاف حال الخُلطة فإنه يوجد الاكتفاء بواحد من هذه الأشياء فتخف المؤنة » .

وقولهم : « إن عندكم خفة المؤنة عملت فى الإسقاط لا فى الإيجاب ».

قلنا : قد صارت السائمة واحدة وجعل كأنها لمالكٍ واحد ، ثم إذا ثبت هذا فحينئذ يكون حكمها ما يكون / حكمها حال الانفراد فيجب فى موضع الوجوب ويسقط فى موضع السقوط . والله تعالى أعلم بالصواب . ٤١/ب

* * *

(مسألة)

تجب الزكاة فى مال الصبيان والمجانين عندنا [1] .

وعندهم : لا تجب [2] .

لنا :

إن الزكاة حق الفقير يجب بسبب مِلْك المال ، ومِلْك الصبى والمجنون مثل مِلْك البالغ فتجب عليه ، كما تجب على البالغ .

يبيِّنه : أن السبب إذا تحقق للواجب ، وكانت الذمة محتملة لوجوبه لم يمتنع الوجوب بحال فقد تحقق فى مسألتنا ، وهو مِلْكُ المال على ما سبق .

وذمة الصبى محتملة للوجوب بدليل الغرامات والنفقة ، وسائر مؤن المال تجب عليه كما تجب على البالغ ، فأشبه الصبى البالغ فى هذا الباب ولم يقع بينهما الفرق بوجهٍ ما ، فإذا وجب على أحدهما وجب على الآخر .

والدليل على أن الزكاة حق الفقراء قوله تعالى : ﴿ إِنَّمَا الصَّدَقَاتُ

---

(١) الأم : ٢٣/٢ ، المجموع :٢٨٢/٥ ، ٢٨٣ ، المهذب : ١٩٢/١ ، النكت: ورقة ٧٧/أ ، حلية العلماء : ٨/٣ ، وهو قول الحنابلة والمالكية .

المغنى : ٦٩/٤ ، الإشراف للبغدادى : ١٦٨/١ ، المنتقى للباجى : ١١٠/٢ .

(٢) الحجة : ٤٥٧/١ ، الأسرار : ورقة ١١٨/أ (مراد ملا) ، رؤوس المسائل ص ٢٠٨ ، مختصر القدورى مع الجوهرة : ١٤٧/١ ، المبسوط : ١٦٢/٢ ، مختصر الطحاوى ص ٤٥ ، مختلف الرواية : ورقة ٤٦/ب .

لِلْفُقَرَاءِ ﴾ (١) ، ولا كلمة أبلغ من هذا فى إثبات حق الفقراء ، وهو مثل قول القائل : « ثلث مالى بعد موتى للفقراء » .

وقال تعالى : ﴿ فِى أَمْوَالِهِمْ حَقٌّ مَّعْلُومٌ * لِّلسَّائِلِ وَالْمَحْرُومِ ﴾ (٢) .

ولأن الواجب هو التمليك ، والحق فى التمليكات لِمَنْ يقع له الملك .

دليله : سائر التمليكات .

يبيِّنه : أن التمليك من اللّه تعالى لا يُتصورّ ، لأن الأشياء للّه تعالىٰ قبل التمليك وبعد التمليك على وجهٍ واحد ، وأيضاً فإن التمليك هو نقل المِلْك الذى للعبد فى شىءٍ إلى غيره ، والمِلْكُ الذى يكون للعبد لا يكون العبد من أهله بحال ، وقد وجب التمليك فى مسألتنا ، وهو نقل المِلْك الذى للعبد ، فإذا لم يُتصورّ أن يكون من اللّه تعالى علمنا قطعاً أنه حق العباد وهم الفقراء .

يدل عليه : أن الأملاك ثابتة للعباد لنفع العباد ، والنفع للفقراء فى الصدقات فيكون الحق لهم ، واللّه تعالى يجلّ عن الانتفاع بشئ أو التضرر بشئ ، فإذا وجب المال الذى يُطلب به النفع كان حقاً لِمَنْ له النفع ، فهذه كلمات فى نهاية الوضوح ، وتبيَّن أن الزكاة حق الفقراء فصارت مؤنة مالية وجبت بملك المال ومؤن المال يتبع وجوبها المال كسائر المؤن ، وأحسن ما يتعلق به العُشر وصدَقة الفطر ، فإنهما لما كانا من المؤن المالية تبعا المال ، فسواء وُجِد ذلك للبالغ أو للصبى أو المجنون اتصل به الوجوب ، كذلك ههنا .

---

(١) سورة التوبة : جزء من آية ٦٠ .

(٢) سورة المعارج : آية ٢٤ ، ٢٥ .

وقد تعلق الأصحاب [1] بالعُشر وصَدَقة الفِطر ابتداءً ، وقاسوا الزكاة عليهما بطرديات ذكروها ، ووجه التعلق بهما بطريق التحقيق هو ما قدَّمنا.

وأما حُجَّتهم :

قالوا : عبادة محضة فلا تجب على الصبى والمجنون .

دليله : الصلاة والصوم والحج ، وهذا لأن الصبى ليس من أهل وجوب العبادات عليه ، والشئ لا يجب إلا على أهله ، والدليل على أنه ليس بأهل لوجوب العبادة عليه ، أن العبادة ابتلاء من اللّه تعالى لعبده ليظهر مَنْ يطيعه ممن يعصيه ، ولا يتصوّر ابتلاء العبد إلا فى فعل العبد ، فأما الذى لا فعل للعبد فيه فلا يُتصوّر ابتلاءه به ، لأن الابتلاء اختبار وامتحان ، والإنسان يُمتحن بما فعله ، ولا يُمتحن بما يفعله غيره .

وإذا ثبت هذا الأصل فنقول : ابتلاء الصبى بالعبادة لا يجوز ، لأنه إن ابتلى بفعله ففعله غير مُعتبَر ، وإن ابتُلِىَ بفعل الولى فلا يجوز أن يُبتلى الإنسان بفعل غيره ، اللّهم إلاّ أن يكون ذلك الغير يفعله بأمره فيقوم فعله مقام فعله لأمره إياه ، فأما إذا كان فعله الغير عليه قهراً وجبراً فلا يُتصوّر ابتلاؤه وامتحانه بذلك .

قالوا : وعلى هذا خرج البالغ إذا أمر غيره بأداء الزكاة عنه ، لأنه إن كان يؤدى عنه بأمره تحقق معنى الابتلاء والامتحان ، وقد حَدَّ بعضهم العبادة فقال : هو فعل يفعله العبد على وجه التعظيم لمعبوده باختياره وإرادته ويشتمل الأجرية على ابتلائه وامتحانه . ثم استدّلوا على أن الزكاة

---

(1) منهم : الشيرازى فى نكته : ورقة ٧٧/أ ، ب .

عبادة محضة بقوله عليه السلام : (« بنى الإسلام على خمس ... »[1] ، وذكر فيه « الزكاة » .

وبالحديث الثانى : وهو سؤال جبريل صلوات الله عليه النبى عليه السلام : « ما الإسلام ؟ فقال : أن تشهد أنْ لا إله إلا الله ، وتقيم الصلاة وتؤدى الزكاة .... »[2] الخبر .

وإذا كان الإسلام عبادة محضة كان ما يبتنى عليه عبادة محضة)[3] .

وقال أيضاً لما فسر الإسلام بالأوامر التى اشتملت على الزكاة وغيرها فالمفسر والمفسر به يكون كله عبادة .

يبيِّنه : أنه لما كانت هذه الأشياء تفسيرُ الإسلام ، أو ما بُنِيَ عليه الإسلام يكون مشروعاً لما شرع له الإسلام ، وإنما شرع ليكون حقاً لله تعالى على الخلوص ، كذلك هذه الأشياء تكون كذلك .

قالوا : ولأن النعمة / نعمتان : نعمة بدنية ، ونعمة مالية ، والشكر ٤٢/أ لله تعالى فيهما واجب فوجبت الصلاة لتكون شكراً لنعمة البدن ، ووجبت الزكاة لتكون شكر نعمة المال ، وشكر المنعم حق المنعم فإذا كان أحدهما لله تعالى بوصف العبادة فكذلك الآخر ، وأيضاً فإنه يتحقق معنى الابتلاء فى كل واحد منهما .

أما الابتلاء فى الصلاة والصوم بتعب البدن ، والابتلاء فى الزكاة

---

(١) رواه مسلم فى صحيحه : ١٧٦/١، مع النووى فى باب « أركان الإسلام ».

(٢) تقدم تخريجه ، انظر الإصطلام : ٢٩١/١ .

(٣) ما بين القوسين نقلاً من الأسرار : ورقة ١١٦/ب (مراد ملا) .

بنقصان المال ، وكل واحد منهما بخلاف هوى النفس فحينئذ يظهر مَنْ يطيع ربه مِمَنْ يعصيه .

قالوا : وإنما افتراق الصلاة والزكاة بجواز أحدهما بالنائب وعدم جواز الآخر ، فإنما كان كذلك ، لأن الابتلاء فى الصلاة والصوم لا يكون بفعل غيره ، لأنه يتعب البدن ولا يتعب بدنه ببدن غيره .

وأما الابتلاء فى الزكاة يوجد بفعل غيره ، لأنه بنقصان المال ونقصان المال بفعله وفعل غيره واحد إلا أنه مع هذا لا بد من فعلٍ منه حتى لو أدّى زكاته غيره بغير أمره لا يجوز بخلاف الديون والغرامات ، وإذا لم يكن بُدَ من فعل تحقق معنى العبادة فيه .

وقولكم : « إن الواجب حق الفقراء » .

لا يصح ، لأن الفقر لا يكون عِلّة فى استحقاق حق على الغير إنما النعمة من قِبَلِ اللّه تعالى تكون سبباً فى إيجاب الشكر على العبد ، ولأنه لو كانت الزكاة حق الفقراء لكانت حقاً خالصاً لهم ولم يكن فيه معنى العبادة أصلاً .

وقد سلّمتم أن فيها معنى العبادة حتى لا يجوز أداؤها إلا بأمر من قِبَلِه ليوجد معنى العبادة بوجود فعله .

وقولهم : « إن الواجب هو التمليك ، والتمليك حق المتملك » .

قال : (الواجب هو الإخراج إلى اللّه تعالى وهو يتولى قبض الزكاة بدليل قوله تعالى : ﴿ هُوَ يَقْبَلُ التَّوْبَةَ عَنْ عِبَادِهِ وَيَأْخُذُ الصَّدَقَاتِ ﴾ [1].

---

(١) سورة التوبة : جزء من آية ١٠٤

وقال تعالى : ﴿ مَنْ ذَا الَّذِى يُقْرِضُ اللَّهَ قَرْضاً حَسَناً ﴾ [1]) [2] والقرض حق المستقرض واقع فى قبضه وملكه وملك المستقرض .

وقال عليه السلام : « إن الصدقة تقع فى يد اللّه قبل أن تقع فى يد الفقير » [3] .

فثبت بهذه الدلائل أن الزكاة حق اللّه تعالى وهو القابض لها بواسطة يد الفقير فكأن الفقير يأخذ للّه تعالى ثم يقبض منه لنفسه صلةً أو عوضاً عن الرزق الموعود ، ونظيره ما لو قال : « اقض بوديعتى التى لى عندك ما علىّ لفلان من الدَّيْن » فإنه يصير صاحب الدَّيْن قابضاً له أولاً ثم يصير قابضاً منه لنفسه ، وكذلك لو قال : « اقض بما لى عليك من الدَّيْن ما لفلان علىّ من الدَّيْن » .

قالوا : وقولكم : « إن التمليك من اللّه لا يُتصور » .

قلنا : يُتصوّر ، فإن إخراج المِلْك إلى اللّه تعالى متصوّر بدليل الوقف والعتق .

وأما فصل النفع التى قلتم ، فنحن حققنا نفع العبد بالوجه الذى قلنا إلا أنه بواسطة قام الدليل على إثباتها .

قالوا : « وأما صَدَقة الفِطر والعُشر » .

---

(١) سورة البقرة : جزء من آية ٢٤٥ .

(٢) ما بين القوسين نقلاً من الأسرار ورقة ١٦٦/ب (مراد ملا) .

(٣) قال المنذرى فى الترغيب والترهيب : « روى عن ابن عباس وعزاه للطبرانى » ، (الترغيب والترهيب : ٢/ ٥) .

ورواه أبو نعيم فى الحلية : ٤/ ٨١ ، وقال : « غريب من حديث وهب بن منبه لم نكتبه إلا من حديث علاثة عن ثور » ا . هـ .

أما صَدَقة الفِطر فعندنا لا تجب على الصبى إنما تجب على الولى بسببه [1] وهو مما يجب على الغير بسبب الغير .

أما ههنا لو وجبت الزكاة وجبت على الصبى ، لأنها لا تجب على الغير بسبب الغير ، ولأن الوجوب بسبب المِلْك ، والمِلْكُ للصبى فيكون الوجوب على الصبى ، وصَدَقة الفِطر تجب إذا كَان يمون رأساً عن ولاية وقد وُجِدَ هذا المعنى فى حق الابن الصغير ، كما يوجد فى حق السيد مع العبد .

فإن قلتم : إن صَدَقة الفِطر تجب على الصبى بدليل أنه يخرج عن ماله .

قلنا : يخرج من مال نفسه [2] على قول محمد وزفر [3] ، ولا يخرج من مال الصبى بحال ، ولو أخرج ضمن [4] ، وهو القياس ، وإن سلّمنا استحساناً [5] ، فإنما أخرج من ماله ، لأنه وجب بسببه .

وقد قال بعضهم :

إن صَدَقة الفِطر ليست بعبادة محضة [6] ، لأنها تشبه النفقات بدليل وجوبها على الغير بسبب الغير فيجب على الصبى لا على وجه العبادة بل على أنها مؤنة ويصير معنى العبادة تبعاً ووجوب تبعية فى معنى العبادة لا يمنع وجوبها على الصبى ، لأنه فى الجملة من أهل العبادة بخلاف

---

(١) الأسرار : ورقة ٢٢٧/أ (شهيد على) ، بدائع الصنائع : ٢/٩٦١ ، المبسوط : ٣/١٠٤ .

(٢) الضمير هنا يعود إلى الولى .

(٣) ، (٤) بدائع الصنائع : ٢/٩٦١ ، المبسوط : ٣/١٠٤ .

(٥) وهو قول أبى حنيفة وأبى يوسف (انظر المبسوط : ٣/١٠٤) .

(٦) انظر : بدائع الصنائع : ٢/٩٦١ ، المبسوط : ٣/١٠٤ .
وهو قول أبى حنيفة وأبى يوسف .

الكافر ، إلا أنها لما وجبت على جهة المؤنة وصار معنى العبادة تبعاً جاز أن يؤدى بولاية تثبت جبراً لا باختيار مَنْ عليه .

وأما الزكاة عبادة محضة على ما سبق فلم يمكن إيجابها على الصبى لتأدى عنه بولاية لا على وجه الاختيار .

وأما العشر فليس أيضاً عبادة محضة بل مؤنة الأرض مثل الخراج على ما سيأتى من بعد هذا إلا أن الخراج ليس فيه معنى العبادة ، وأما العُشر ففيه معنى العبادة فافترقا حتى يجب الخراج على الكافر ولا يجب العُشر إلا على المسلم ، وإذا وجب على أنه مؤنة الأرض فيجب على الصبى كما تجب سائر المؤن .

قالوا : ولهذا أوجبنا العُشر والخراج فى أرض المكاتب والأرض الموقوفة (١) .

وهذا لأن الأراضى لا تكون محفوظة على ملاَّكها إلا بحفظ الإمام وحمايته فكأن اللّه تعالى جعلها للعبادة كمؤنة أوجبها عليهم للمقاتلة تارة وللفقراء تارة لتصير محفوظة بالإمام على صاحبها وتُسلَّم له منافعها ولم يمكن إيجابها على طريق التعبد المحض ابتلاءً واختياراً ، وأما سائر الأموال فمحفوظة بأيدى أربابها / فلا يحتاج إلى مؤنة يلتزمها ليحفظها الإمام عليه فكان إيجاب الزكاة محض تعبد على وصف الابتلاء كما سبق بيانه فلم يستقم إيجابها على الصبى على ما ذكرنا . ٤٢/ب

الجواب :

أما قولهم : « الزكاة عبادة محضة » .

---

(١) انظر المبسوط : ٤/٣ .

يقال لهم أولاً بطريق الجدل : لِمَ لا يجوز إيجاب العبادة المحضة على الصبى ؟ فإن تمسكوا بالصوم والصلاة فسنجيب عنه ، وإن تعلّقوا بقولهم : « إن العبادة لا تحقق من الإنسان إلا بفعل يوجد منه » .

قلنا : نعم ، ولكن يجوز أن يُقام فعل غيره مقام فعله فيها ويجعل كأنه الفاعل لها . ألا ترى أنه لو أمر البالغ غيره بأداء الزكاة جاز وقام فعل النائب مقام فعله ، وليس لهم على هذا إلا قولهم إن الاستنابة هناك كان باختيار من العبد ، وههنا الاستنابة لم تكن باختيار من العبد .

لذلك نقول : العبادة فى فعل الشئ لا فى الأمر به ، ولكن قام فعل النائب مقام فعله فتحقق معنى العبادة ، كذلك ههنا يقوم فعل الولى مقام فعل الصبى فيتحقق معنى العبادة ، وهذا لأن المقصود من الأمر فى كل موضع نفس وجود المأمور به ، والمأمور به إخراج مال عن مال مَنْ عليه فإذا أطلقنا إخراج الزكاة من ماله سواء أكان بأمره أو بأمر الشرع أفاد الأمر ، وإذا أفاد الأمر صح ونفذ . وأما الابتلاء لحكمة الأمر وصحة الأمر لا يكون به بل بإمكان المأمور فحسب ، فإذا أمكن المأمور صح الأمر ، فهذا جواب من حيث المجادلة فى نهاية الحُسن .

وأما الجواب من حيث الفقه بالمنع على ما سبق :

وحقيقته أن الزكاة حق الفقراء ، ومعنى العبادة تبع مثل العُشر وصَدَقة الفِطر على ما سلّموا ، وإنما جعلنا الزكاة حق الفقراء وأثبتنا فيها معنى العبادة بحسب قيام الدليل ، لأن الدليل قد قام بكونها حقاً للفقراء على ما سبق ، وقام الدليل أيضاً بثبوت معنى العبادة فيها ، لأنها لما وجبت ابتداءً ، وقد اشتملت على شكر نعمة المال وفعلها بطلب التقرب إلى اللّه تعالى وتحصل رضاه كانت قُربة ، والعبادات قُرَب فتضمنت معنى العبادة من هذا الوجه ونظيره العُشر .

وأما دلائلهم على أنها عباده محضة :

أما الخبران الأولان فنقول : هذه الأشياء مبانى الإسلام اعتقاد وجوب ، وكذلك هى الإسلام باعتقاد الوجوب إلاّ أن تخصص هذه الأشياء كانت تشريفاً لها ، لأنها وجبت ابتداءً من قِبَلِ اللّه تعالى من غير فعل سبق من العبد ، وليس فى جملة الأوامر من البدنية والمالية ما وجب ابتداءً من قِبَلِ اللّه تعالى على العبد إلا هذه الأشياء ، وهى مثل الإسلام وجب ابتداءً من قِبَلِ اللّه تعالى على العبد ثم كون بعضها عبادة محضة أو حقاً للآدمى يكون بدليل يقوم عليه .

وأما قولهم : « إن الزكاة شكر نعمة المال » .

قلنا : وكونه للفقراء لا ينفى شكر نعمة المال ، لأن شكر نعمة العبد لربه فى امتثال أمره ، وذلك يوجد سواء أكان الحق للّه أو للفقير وعلى أنّا جعلنا فيها معنى العبادة بهذا السبب على ما سبق .

وأما الصلاة والصوم لم يكن عبادة ، لأنها شكر نعمة بل بدليل آخر : وهو أن الصلاة محض تقرب إلى اللّه تعالى بالتخشع والتذلل ، ومحض تعظيم له ، ومثل هذا لا يستحقه سوى اللّه تعالى بل لا يجوز لغيره بحال .

أما فى مسألتنا فالزكاة محض تمليك ، وقد بيّنا أنه لا يصلح أن يكون حقاً للّه تعالى على الخلوص .

يبيّنه : أن الصلاة لما كانت عبادة محضة للّه تعالى لم يُتصوَّر أن يكون جنسها ومثلها للعبد ، وفى مسألتنا قد تصوّر جنس الزكاة حقاً للعبد بدليل العشر وصَدَقة الفِطر ، دل على انقطاع المشابهة .

وكذلك الحج خارج على هذا .

وقد أجاب المشايخ عن الصلاة والصوم بالتفريق بالبدلية والمالية .

وقالوا : بدن الصبى ناقص ويكمل بالبلوغ وماله كامل من غير نقصان

ولهذا أثَّر السفر الذى يُشعر بالمشقة بدناً فى الصلاة والصوم ولم يؤثر فى المال وهذا أحسن ، إلاّ أنه على تسليم أن الزكاة عبادة محضة ، فأما على الطريقة التى اخترناها بالتخريج بما قلنا ، والحج قد خرج أيضاً على ما ذكرناه ، وعلى طريقة المشايخ هو عبادة بدنية ويؤدى بالبدن وإنما انقلب فى حق المعضوب [1] إلى المال لعارضِ عجزٍ فلا يُعتبر ذلك مثل ما لا يُعتبر انتقال الصوم إلى المال بعارض العجز ، ولأنه يُؤدَّى بدناً بكل حال ، فإن النائب يؤديه بالبدن ، لكنه استوجب عليه المال ، وأما الزكاة تؤدَّى بالمال فانقطعت الشُّبهية بكل وجه ، والمعتمد ما سبق .

وأما قولهم : « لا سبب ليجب الحق على الفقراء » .

قلنا : وجب ابتداءً من قِبَلِ اللّه تعالى لا يُطلب له سبب مؤثر ، وعلى أن المواصلة ديناً سبب لهذه الصلة ، والمواصلات تصلح سبباً لإيجاب الصلات .

٤٣/أ وأما ما ذكروا من الاعتراض على قولنا : « إن التمليك من / الفقير من أنه مخرجها الزكاة مخرجها إلى اللّه تعالى ثم إلى الفقير » .

فنقول : هذا إثبات ترتيب لا يدل عليه نص ولا معنى ، بل النص والمعنى دليلان على أنها حق العباد ابتداءً على ما ذكرناه ، وما ذكر من الكتاب والخبر ، فالمراد من ذلك تحقيق القبول من اللّه تعالى ، فأما أن تملك من اللّه تعالى ثم الفقير يملكه من قِبَلِ اللّه تعالى بالرزق الموعود ، فهذا شئ لا يُعرف .

وأما قولهم : « إنه إخراج إلى اللّه تعالى » .

قلنا : ليس الواجب إلا التمليك ولا يُعرف للإخراج معنىً سوى هذا ،

---

(١) المعضوب : هو الرجل الزَّمِن الذى لا حَرَاك به . (المصباح المنير – مادة عضب) .

وقد بيّنا أن التمليك لا يُتصوّر إلا من العبد ، وعلى أن الرزق الموعود الذى قالوه يوجد إيصاله إلى العباد بإيجاب الحق للفقراء ابتداءً فلا حاجة إلى أن يُجعل للّه ثم يُجعل للعبد على الوجه الذى قالوه .

وأما العُشر وصَدَقة الفِطر ففى نهاية اللزوم ، والعذر فى نهاية الضعف وقد جُعِلا عبادة فى اعتبار فعل العبد حتى لو أدّى الأجنبى عن الأجنبى ذلك لا يجوز إلاّ بأمره ، ومع ذلك قد تأدّيا بولاية تثبت قهراً وجبراً على الصبى والمجنون . فهذا حرف الإلزام ولا كلام لهم على هذا . وعلى إنَّا حققنا فى جانب الزكاة ما حققوه فى جانب العشر وصدقة الفطر وهو كونه حق الفقراء وإدراج معنى العبادة تبعاً فاستوى الكل ، وصارت فى رتبة واحدة على ما سبق . واللّه أعلم .

وأما الكلام فى المسألة من حيث الخبر :

فقد روى الوليد [١] بن مسلم عن المثنى [٢] بن الصباح عن عمرو بن شعيب عن أبيه عن جده أن النبى ﷺ خطب الناس وقال : « ألا مَنْ ولى يتيماً وله مال فليتجر فيه ولا يتركه حتى تأكله الصَدَقة » [٣] .

---

(١) الوليد بن مسلم القرشى مولاهم أبو العباس الدمشقى ، ثقة ، لكنه كثير التدليس والتسوية ، من الثامنة ، مات آخر سنة أربع وأول سنة خمس وتسعين . (١٩٤ هـ) . روى له الجماعة ، التقريب ص ٣٧١ .

(٢) المثنى بن الصباح اليمانى الأبناوى أبو عبد اللّه - أو أبو يحيى - نزيل مكة ضعيف اختلط بآخره ، وكان عابداً ، من كبار السابعة ، مات سنة ١٤٩ هـ . روى له الترمذى وأبو داود وابن ماجه . (انظر التقريب ص ٣٢٨) .

(٣) رواه الترمذى فى سننه : ٣/١٣٦ مع عارضة الأحوذى فى باب « ما جاء فى زكاة مال اليتيم » . =

وذكره أبو عيسى فى جامعه [١] قال :

(عمرو بن شعيب هو ابن [٢] محمد بن عبد اللّه بن عمرو بن العاص ، وقد سمع شعيب من جده عبد اللّه بن عمرو قال : « وقد تكلّم يحيى بن سعيد القطان فى حديث عمرو بن شعيب وقال : هو واهى ، وإنما ضعّفه لأنه كان يروى عن صحيفة جده عبد اللّه بن عمرو ، وأما سائر أئمة الحديث فإنهم يحتجون بحديثه ويثبتونه منهم أحمد بن حنبل) [٣] ، ويحيى بن معين ، وعلىّ بن المدينى ، وغيرهم .

قالوا : روى وجوب الزكاة فى مال اليتيم عن عمر وعلىّ وعائشة وابن عمر وهو قول مالك ، والشافعى ، وأحمد ، وإسحاق [٤] . واللّه أعلم بالصواب .

* * *

= ومالك فى الموطأ : ٢/ ١١٠ مع المنتقى .
والبيهقى فى سننه : ٤/ ١٠٧ ، فى باب « مَن تجب عليه الصدقة » .
ورواه عن يوسف بن ماهك عن النبى ﷺ مرسلاً وإسناده صحيح .
ورواه أيضاً بإسناد صحيح عن عمر بن الخطاب موقوفاً عليه .
انظر : السنن : ٤/ ١٠٧ ، المجموع : ٥/ ٢٨١ .
ورواه الدارقطنى أيضاً فى سننه : ٢/ ١١٠ .
واستدل بهذا الحديث الشيرازى فى نكته : ورقة ٧٧/أ ، والبغدادى فى إشرافه : ١/ ١٦٨ .

(١) أى الترمذى . انظر سننه : ٣/ ١٣٧ مع العارضة .
(٢) زيادة من سنن الترمذى يقتضيها السياق .
(٣) ما بين القوسين نقلاً من سنن الترمذى ، انظر الحاشية السابقة .
(٤) ذكر ذلك الترمذى فى سننه : ٣/ ١٣٦ مع العارضة .
وذكر هؤلاء وغيرهم ممن يقولون بوجوب الزكاة فى مال الصبى (النووى فى المجموع : ٥/ ٢٨٣ ، وابن قدامة فى المغنى : ٤/ ٦٩ ، والباجى فى المنتقى : ٢/ ١١٠).

(مسألة)

الدَّيْن لا يمنع وجوب الزكاة على الأصح من قولى الشافعى رضى اللَّه عنه [1] .

وعندهم : يمنع [2] .

لنا :

إن الزكاة حق مالى لا يمنع الدَّيْن من وجوبه .

دليله : سائر الحقوق ، وكالعُشر إن أسلموا .

---

(١) المهذب : ١/١٩٤ ، المجموع : ٥/٢٩٧ ، روضة الطالبين : ٢/١٩٧ .

قال النووى فى الروضة : « وهو أظهرها وهو المذهب والمنصوص فى أكثر الكتب الجديدة » .

وقال المالكية : الدَّيْن يمنع الزكاة من العين ولا يمنعها من الماشية وهو قول للإمام أحمد . قوانين الأحكام ص ١١٦ ، الإشراف للبغدادى : ١/١٨١ ، المغنى : ٤/٢٦٣ .

(٢) الأسرار : ورقة ١٩٠/ب (شهيد على) ، مختصر الطحاوى ص ٥٠ ، مختصر القدورى مع الجوهرة : ١/١٤٧ ، رؤوس المسائل ص ٢١٧ ، المبسوط : ٢/١٨٤ ، البدائع : ٢/٨١٧ .

وهو القول القديم للشافعى .

انظر : المهذب : ١/١٩٤ ، روضة الطالبين : ٢/١٩٧ ، المجموع : ٥/٢٩٧ .

وهو قول للحنابلة (المغنى : ٤/٢٦٣) .

وفقه المسألة :

أن سبب وجوب الزكاة مال بصفة لمالك مخصوص وقد وُجِدَ بعد وجود الدَّيْن حسب وجوده قبل وجود الدَّيْن ، ونعنى بالمال بصفة هو النصاب النامى ، إما بالسَّوم أو بالتجارة ، ونعنى بالمالك المخصوص هو الحر المسلم وهذا قبل وجوب الدَّيْن وبعد وجوبه واحد لا يختلف ، وهذا لأن الدَّيْن وجب فى الذِّمة ولا اتصال له بالمال إلا عند قضائه وأدائه فقبل أن يتصل به فعل القضاء يكون المال وصفة المِلْك فيه على ما كان من قبل وهو كالشقص المشفوع ، فإن المِلْك فيه للمشترى قبل اتصال أخذ الشفيع به على ما كان من قَبْلُ للبائع ، وكذلك فى القِصاص فإن عصمة دم مَنْ عليه القِصاص قبل اتصال الاستيفاء به يكون على ما كان من قبل وجوب القَوْد .

يبيِّنه : أن الوجوب فى الذِّمة ولا تضايق ولا تمانع الذِّمة فيجوز أن يجب فيها الحقوق الكثيرة وتجتمع فيها من غير تزاحم وتضايق ، فإذا جاز أن تجتمع الديون للناس والزكوات للّه تعالى ، كذلك حقوق اللّه تعالى من الكفَّارات وغيرها والديون ، جاز أن تجتمع أيضاً الزكوات والديون ، لأنه لا تزاحم فى المحل ولا تنافى فى الأهلية فاستوى الكل فى الوجوب .

وأما حُجَّتهم :

قالوا : « المديون فقير فلا تجب عليه الزكاة كسائر الفقراء » .

والدليل على أنه فقير أنه يحل له الصدقة مع تمكنه من ماله وحِلٌّ الصَدَقة دليل الفقر بدليل قوله عليه السلام : « لا تحل الصدقة لغنى ولا لقوى ولا مكتسب » [1] .

---

(١) رواه النسائى فى سننه : ٧٥/٥ فى باب « مسألة القوى المكتسب » .
وأحمد فى المسند : ٢٢٤/٤ ، ٥/ ٣٦٢
ولفظه : « لا تحل لغنى ولا لقوى مكتسب » ا . هـ .

ولقول معاذ حين صار إلى اليمن : « أُمِرتُ أن آخذ الصدقات من أغنيائكم وأردها فى فقرائكم » (١) .

ولأن علّة استحقاق الصَدَقة هو الفقر بدليل قوله تعالى : ﴿ إِنَّمَا الصَّدَقَاتُ لِلْفُقَرَاءِ وَالْمَسَاكِينِ .... ﴾ (٢) ، هذا هو أصل العِلّة ، وسائر الأسباب المذكورة لبيان جهات الفقر أو أسباب الحاجة .

فثبت أن حِلّ الصدقة دليل الفقر .

يبيِّنه : أن ماله بمنزلة المعدوم لاستحقاقه بالدَّيْن ، ألا ترى أنه يُحبَس ويُطالب لاستحقاق الغرماء لذلك ، وعندكم (٣) يُباع ماله ويُقضَى منه دَّيْنه ويُحكم بإفلاسه وإذا مات يموت بمنزلة الفقراء / المعدمين لا تقسم ورثته درهماً ولا دونه ، فدل أنه فقير حقيقةً وحكماً ، والفقير لا زكاة عليه ، لأنه لا يليق بحكمة الشرع أن يلزمه إغناء الغير بإحواج نفسه ، ولأن نفسه أهم إليه من غيره فإذا كان هو نفسه تُصرف إليه الزكاة فكيف تجب عليه الزكاة ؟ وترك ما فى يده عليه أولى من أخذه ورد مال غيره إليه . ٤٣/ب

وربما يقولون بوجه آخر :

وهو أن مال المديون مشغول بحاجته فلا تجب عليه فيه الزكاة .

دليله : عبيد الخدمة وثياب المهنة ، ونعنى بالحاجة حاجة قضاء الدَّيْن بل

---

(١) لم أقف بهذا اللفظ .

ولكن حديث معاذ مروى فى الصحيحين وفى السنن ولفظه : « فأعلمهم أن اللّه افترض عليهم صدقة فى أموالهم تؤخذ من أغنيائهم وترد على فقراءهم ... » ا.هـ .

انظر صحيح البخارى : ٣ / ٢٦١ مع الفتح فى باب « وجوب الزكاة » .

(٢) سورة التوبة : جزء من آية ٦٠ .

(٣) أى عند الحنفية . انظر مختصر القدورى مع الجوهرة : ٣١٦/١ ، ٣١٧ .

حاجة قضاء الدَّيْن أهم من حاجة اللبس والركوب ، لأن تلك الحاجة يجوز التجاوز عنها وتزحية الوقت بما يدفعه ، وهذه الحاجة لا يجوز التجاوز عنها بحال بل يجب تقديمها ويحرم التغاضى عنها ، فإن قلتم : « إن إعداد ماله للسّوم والتجارة دليل عدم الحاجة » .

فنقول : اشتغال ذِمته بالدَّيْن دليل الحاجة فتعارض ظاهران ، والأصل عدم الوجوب فلم يجب .

قالوا : ولا يلزم على الطريق الأول مسألة ابن السبيل والعامل حيث يحل لهما الصَدَقة وتجب عليهما الزكاة .

أما ابن السبيل فهو فقير يداً غنى مِلْكاً فصار كشخصين غنى وفقير فتجب عليه الزكاة لغناه بملكه ، وتحل له الصدقة لفقره بيده ، أما ههنا فملكه فى يده فإذا كان غنياً فلا يُتصوّر أن يكون فقيراً ، لأن الغِنَى والفقر وصفان متضادان لا يجتمعان بحال ، لأن أحدهما وصف وجودى والآخر وصف عدمى ، فكما لا يجتمع العدم والوجود فى شئ واحد لا يجتمع الفقر والغنى أيضاً ، اللّهم إلاّ أن يتفرق الوجود والعدم فى مجلس ، كما كان فى ابن السبيل .

يبيِّنه : أن عندكم فى مسألتنا تحل له الصَدَقة فى حال وجوب إعطاء الزكاة عليه ولا يُتصوّر هذا فى ابن السبيل ، لأن حال ما يأخذ لا إعطاء عليه .

وأما العامل فمنع بعضهم فقال : لا يجوز إلاّ أن يكون فقيراً [1] ، وليس بشئ ، والمذهب التسليم ، والأول خرق الإجماع .

---

(١) الجوهرة النيرة على مختصر القدورى : ١/١٦٥ .

وقالوا على التسليم : أن الذى يأخذه العامل أجرة عمل لا صَدَقة بدليل أنه يستحق بالعمل إلاّ أنه لما دخل فى سهام الصدقات أشبه الصَدَقة من وجهٍ فلم يحل للهاشمى ونزه عنه ، لأن حرمة الصَدَقة عليه على سبيل التنزيه له عن غسالة أوساخ الناس ومن تمام التنزيه أن يُنزَّه عن ما يشبه الصَدَقة [١] .

وأما الغَنِى فلم تحرُم عليه الصدقة على طريق التنزيه له إنما حرم لعدم الحاجة وبالعمل ظهر نوع حاجة إلاّ أنه لما شغل نفسه وأعوانه بجمع الصَدَقات فلا بد من جامعٍ لها ولا بد من كفاية رزق مثل أرزاق القضاة ، والأئمة والمحتسبين والمؤذنين وغيرهم الذين يشغلون أنفسهم بأعمال المصالح فَحَلّ له أجرة عمل بعمله ولم ينظر فى جريانه فى سهام الصَدَقات وكونه غنياً فى نفسه ، لأن حدوث نوع حاجة له بالعمل قد منع النظر إلى غناه وجريانه فى سهام الصدقة .

قالوا : وأما إذا كان له خمس من الإبل مهازيل فإذا أوجبنا عليه الزكاة حرّمنا عليه الصدقة .

وأما إذا كان عنده من الفاضل عن ثياب المهنة وأقمشة البذلة ما يبلغ قيمته نصاباً لم يحل له الصدقة لغناه ، ولم تجب عليه الزكاة لفقد شرط شرعى اعتبر مع الغنا وهو كون النصاب بوصف النما ليندفع الحَرَج بإيجاب الزكاة ويصير الوجوب بوصف اليُسر ، فهذه مسائل تمسكتم بصورها وهى خارجة عن المعانى القادمة المؤثرة ، وأما القاعدة فهى على حقيقتها فى نهاية الوضوح على ما سبق .

---

(١) الجوهرة النيرة على مختصر القدورى : ١/١٦٥ .

وقد تعلّق مشايخهم فى هذه المسألة بالحج قالوا : لما منع الدَّيْن وجوب الحج فيمنع وجوب الزكاة .

يبيِّنه : أن كل واحد متعلق بالمِلْك ، فإذا جُعِل المِلْك كالعدم فى الحج فكذلك فى الزكاة .

قالوا : وأما الدَّيْن المظنون فلا يمنع وجوب واحد منهما .

وأما نفقة الأهل للذهاب والرجوع فمتحقق وجوبها حال اشتغاله بالحج فكيف يكون مظنوناً ؟ وهذا لأن فعل الحج لا بد له من مدة ولا بد للمدة من نفقة وهذا لا يوجد فى الزكاة .

ومنعوا الدَّيْن الطارئ فى الحكمين .

وأما الدَّيْن المؤجل فقد اضطربوا فيه فبعضهم اعتبر نفس وجوب الدَّيْن ومنع به الحج والزكاة .

وبعضهم نظر إلى وجود المهلة والفسحة فى الحال وسقوط المطالبة .

قالوا : وأما ديون اللّه تعالى مثل الكفَّارات وغيرها فلا تمنع الحج ولا الزكاة ، والسبب فيه عدم وجود المطالبة فى الدنيا ، وإنما نهاية أمرها التأثيم فى الآخرة فكأنها واجبة فى أمر الآخرة لا فى أمر الدنيا ، ويقال : وجود الحاجة إلى فعلها للآخرة لا للدنيا فلم يصر المال مشغولاً بتلك الحاجة حتى / يكون اشتغاله بحاجته مانعاً من وجوب زكاته بخلاف مسألتنا على ما سبق .

٤٤/أ

قالوا : وأما العُشر فيمنعه الدَّيْن فى إحدى الروايتين ، وإن سلَّمنا فهو مؤنة من مؤن الأرض ، ويجب على الفقراء والأغنياء جميعاً كالخراج ، وقد أدَّى كثير من مشايخهم فى هذه المسألة نقصان المِلْك بالدَّيْن ودليل النقصان كون الدَّيْن إذا اتصل به القضاء إيفاء فى جانب مَنْ عليه واستيفاء فى

جانب مَنْ له ، ووصف الإيفاء والاستيفاء دليل على سبق الاستحقاق ، والمستحَق للغير ناقص المِلْك فى حق مالكه فى الحال .

ويدل عليه : أن مَنْ له الدَّيْن إذا قدر عليه ، وكان من جنس حقه يأخذ من غير قضاء ولا رضا وإذا أخذه مَلَكَه ، فهذا إن كان لا يدل على عدم المِلْك فلا أقل أن يدل على النقصان .

قالوا : وأما الأخذ بالشفعة فلا بد فيه من قضاء أو رضا فيأخذ حكم التمليك المبتدأ . وقال بعضهم : إيجاب الزكاة على المديون يؤدى إلى إيجاب الزكاة بسبب مال واحد مرتين أو مرات [1] ، وصوّروا صورة فهذا مجموع كلامهم فى المسألة .

الجواب :

أما قولهم : « فقير » .

لا نسلّم ، بل هو غنى ، لأن الغِنَى بالمِلْك ، وقد بيَّنا أن مِلْكه قبل الدَّيْن وبعد الدَّيْن واحد ، لأن الدَّيْن لا ينافى صفة الغنا فهو غَنِىٌّ مديون .

وأما حلّ الصدقة فقد مُنِعَ إلاّ فى موضع مخصوص على ما عُرِف ، وإن سلّم فحل الصدقة لا يمنع الغنى ، بدليل ابن السبيل والعامل .

وعذرهم ضعيف عن المسألتين .

أما ابن السبيل فهو غنى قطعاً ، لأنه يملك الأُلوف إلاّ أنه بعيد عن ماله غير متمكن منه والغنا بالمِلْك لا بالتمكن ، والدليل على الغِنَى وجوب الزكاة عليه .

وقولهم : « إنه غنى مُلْكاً فقير يداً » .

---

(١) انظر الأسرار : ورقة ١٩١ /ب (شهيد على) .

قلنا : الغِنَى بالمِلْك يوجد ، فأما اليد ثمرة المِلْك ، ألا ترى أن المكاتب والعبد المأذون لهما يد فى المال ولا غنى لهما ، والراهن لا يد له وهو غنى بما يفضل عن دَيْنه من الرهن ، وذلك إذا كان الرهن يساوى الألوف والدَّيْن شئ يسير ، وتجب عليه الزكاة فى الفاضل عن الدَّيْن .

وأما العامل فهو لازم المنع ليس بمذهب وهو مخالفة لنص القرآن والإجماع .

وقولهم : « إنه أجرة العمل » .

قلنا : هو يعمل للّه تعالى ، لأن الحق عندكم متمحض له فوجب أن تجب الأجرة فى مال المصالح ، وعلى أنه يبطل بالهاشمى فإنه لا يجوز أن يكون عاملاً ، ولو كان المأخوذ أجرة العمل يحل له .

وقولهم : « إنه يشبه الصَدَقة من وجه ويشبه أجرة العمل من وجه » .

قلنا : فإن كانت شُبهة الحرام يصان الهاشمى عنها فوجب أن يُصان الغنى عنها أيضاً .

وقولهم : « إنه حدث له نوع حاجة » .

قلنا : عندكم محل الصَدَقة هو الفقير فقط ، وباشتغاله بهذا العمل لا يصير فقيراً بدليل وجوب الزكاة عليه مثل ما يجب على الغنى غير العامل ، فالمسألتان فى نهاية اللزوم ، ولا يتضح لهم العذر عنهما أصلاً .

ثم الجواب فقهاً :

إن وجوب الزكاة بالغنا وحل الصَدَقة بكونه غارماً ، والغارم تحل له الصَدَقة بنص القرآن .

فإن قالوا : « لا بد من بيان المعنى » .

قلنا : لا يلزمنا ، ثم حليّة الصَدَقة بحاجة الغارمية .

قالوا : « فإذا هو فقير » .

قلنا : لا ، لأن الغنا بمِلك النصاب النامى والمِلْكُ بعد الدَّيْن كما كان قبل الدَّيْن ، والغنى فى الحالين واحد ، والغنى بالمِلْك لا ينافى حاجة تحدث بوصف عارض ، لأن الغنى لا ينافى الحاجة غرماً ، كما لا ينافى المِلْك الغرم ، لا ينافى الغنا بالملك وجود الحاجة بالغرم فهو غنى مُلْكاً محتاج غُرْماً فوجبت الزكاة عليه لغناه بالملك وحلّت له الصَدَقة بحاجته بالغرم مثل ابن السبيل غنى بملك محتاج لبُعده عن ملكه فوجبت الزكاة عليه بملكه وحلّت له الصدقة لبعده عن ملكه ، وهذا جواب معتمد .

ويمكن أن يقال : إن وجوب الزكاة بالغنا الشرعى ، وذلك بملك النصاب النامى ، وحُرْمة الصَدَقة بالغنا الحقيقى ، بدليل أن مَنْ مَلَكَ فاضلاً عن ثياب مهنة ، وأموال بذلته ما بلغ قيمته نصاباً لا يجب عليه الزكاة لعدم الغنا الشرعى ، وحُرمة الصدقة للغنا الحقيقى ، فإن عندنا مَنْ مَلَكَ خمسة من الإبل المهازيل وهو ذو عَيْلة وجب عليه الزكاة للغنا الشرعى ، وَحَلّت له الصدقة للفقر الحقيقى ، فكذلك المديون له الغنا الشرعى فوجبت عليه الزكاة ، وليس له الغنا الحقيقى فَحَلّت له الصَدَقة .

وأما قولهم : « إنه مشغول بحاجته » .

قلنا : لا ننكر وجود أصل الحاجة ، وما من مال للغنى إلاّ وهو محتاج إليه .

وأما اشتغال المال بالحاجة ممنوع لما بيَّنا أن الدَّيْن فى ذِّمته ، ولا حاجة للدَّيْن إلى محل سواه ، وإنما يتصل بالمال عند الأداء فلا يوصف باشتغاله به قبل الأداء مثل القِصاص الواجب فى النفس لا توصف النفس باشتغالها بهذا الواجب إلاّ عند اتصال الاستيفاء به وظهر بما قلنا الفرق بين مال المديون / وبين الأموال التى يتخذها لبذلته ومهنته ، ثم نقول : علامة الفاضل عن حاجته فى المال إعداده للتجارة والسوم ، وهذا موجود وإن كان مديوناً . ٤٤/ب

وقوله : « على هذا أنه يعارض اشتغاله بذمته بالدَّيْن » .

قلنا : ولكن الرجحان لوصف السَّوم والتجارة ، لأنه وصف لازم المال ، وأما الدَّيْن بالذمة فلا تعلق بالمال .

يبيِّنه : أنه يوجد فاضل عن الحاجة لا تجب فيه الزكاة مثل ما يملكه من العبد والدواب والحوانيت التى لا يريد بها التجارة ولا حاجة له إليها لبذلته ، فكذلك يجوز أن يوجد مشغول بحاجته تجب فيه الزكاة وكان المعنى فى الأول وصف النماء وإن كان فاضلاً عن حاجته ، كذلك ههنا المعنى فى الوجوب وصف النماء وإن كان مشغولاً بحاجته ، وعلى هذا انزاح الإشكال ، ووضح الكلام نهاية الوضوح .

وأما فصل الحج فوجه الجواب عنه :

أن وجوب الحج بالمكنة ، ولا يمكن مع الدَّيْن حقيقةً وحكماً .

أما الحقيقة المحسوسة فلأنه يُطالَب ويُلازَم ويُحبس فلا يتمكن من الخروج ، وأما الحكم فلأن المسلَّم هو الدَّيْن الحال ، وقد ثبت عندنا أن الحج على التراخى والدَّيْن على الفور فقُدِّم عليه فى حكم الشرع وصار تقدمه عليه مفوِّتاً للمكنة التى هى من شرط الوجوب .

وأما الزكاة فلا تُشترط المكنة ، فى وجوبها ، وأيضاً فإنه على الفور مثل الدَّيْن فلم يقدم عليه ولا يُمانَع ولا يُضايَق فى وجوبها فالدَّيْن وجوبه بعقد المعاملة والزكاة وجوبها بنفس المِلْك وواحد منهما لا أثر له فى صاحبه فاجتمع الواجب بهما اجتمع سبباهما والحج لا يجب بنفس المِلْك ما لم يوجد المكنة ، وقد بيَّنا أنها فاتت فسقط وجوبه .

وقد أجاب الأصحاب بوجوه ، رأيتُ كلها ضعيفة .

وهذا الجواب حسن يمكن تمشيته فاقتصرنا عليه .

وأما الدَّيْن الذى ادَّعوه من نقصان المِلْك فليس بشئ ، وقد دللْنا على كمال مِلْكه ومِلْك التبرعات وحِلِّ الوطء معتمد .

وقولهم : « إن الدَّيْن إذا قُضِىَ فَمَنْ عليه يقضى ما عليه وصاحب الدَّيْن يقتضى ماله » .

قلنا : نعم ، هذا يقضى دَّيْناً عليه ، وهذا يقتضى دَّيْناً له ، والاقتضاء فى الدَّيْن كذا يكون .

فأما العَيْن التى هى محل الزكاة ، فالتمليك بها يستأنف قطعاً فهو نظير تملك الشقص بالشفعة فلا يمنع الوصف بتمام المِلْك ، ووجوب الزكاة بدليل مسألة الشُفعة .

وقوله : « إنه يأخذ حقه من ماله إذا قدر عليه » .

قلنا : لا جَرَم .... [1] إذا أخذ مَلَكَه فلم يدل هذا على نقصان مِلْكه قبل الأخذ .

ألا ترى أن الأب يأخذ مال ابنه عند الحاجة ويملكه ، ولا يدل على نقصان المِلْك من قبل ، وكلامه الأخير ليس بشئ ، وقد سبق جوابه . واللَّه أعلم بالَصواب .

* * *

---

(١) بياض فى المخطوط .

(مسألة)

لا يجوز دفع القيم سوى المنصوص عليه فى الزكاة عندنا [1] .

وعندهم : يجوز بطريق القيمة [2] .

لنا :

الحديث المعروف وهو قوله عليه الصلاة والسلام : « ومَنْ بلغت إبله خمساً وعشرين ففيها ابنة مخاض فإن لم يكن فابن لبون ذكر » [3] ، فقد شرط صلى اللّه عليه وسلم عدم ابنة مخاض فى جواز إخراج ابن اللبون ، دلَّ أنه لا يجوز مع وجودها .

يبيِّنه : أنه صلى اللّه عليه وسلم نقل من سن معيَّن إلى سن معيَّن من غير تعرض للقيمة مع علمه باختلافهما فى القيمة عند اختلاف الأزمنة والأمكنة ، دلَّ أن الرجوع إلى القيمة ساقط .

ويمكن أن يقال أيضاً : إنه صلى اللّه عليه وسلم جوّز ابن اللبون على الإطلاق . وعندكم لا يجوز إلاَّ إذا كانت قيمته مثل قيمة بنت المخاض ، فهذا تقييد ليس عليه دليل ، فقد قلتم : إن تقييد المطلق زيادة ، والزيادة نسخ .

---

(١) النكت : ورقة ٧٧/ب ، المجموع : ٣٧٨/٥ ، ٣٨١ ، المهذب : ٢٠٤/١ وهو قول المالكية ، بداية المجتهد : ٢٥٧/١ ، الإشراف للبغدادى : ١٦٩/١ .

(٢) الأسرار : ورقة ٢١٨/أ (شهيد على) ، رؤوس المسائل ص ٢١٠ ، المبسوط : ١٥٦/٢ ، ٢٠٣ ، مختصر القدورى مع الجوهرة : ١٥٤/١ .

(٣) رواه أبو داود فى سننه : ٢١٨/٢ ، ٢١٩ فى باب « زكاة السائمة » .

قالوا : إنما جوَّزنا ابن اللبون مكان بنت مخاض بالقيمة بدليل أنه صلى الله عليه وسلم قابل فضلاً بفضل ، والمقابلة تقتضى المعادلة ، والمعادلة تكون بالقيمة .

واستدَّلوا على جواز القيمة فى الزكاة بالخبر الذى روى أنه صلى الله عليه وسلم رأى ناقة كوماء فى إبل الصدقة فغضب وقال : « ألم أنهكم عن أخذ كرائم أموال الناس ؟ فقال الساعى : أخذته ببعيرين من إبل الصدقة » [1] ، وأخذ البعير بالبعير لا يكون إلاَّ بطريق القيمة .

واستدلوا بحديث معاذ المعروف وهو قوله لأهل اليمن : « ائتونى بكل خميس [2] أو لَبِيس [3] آخذه منكم مكان الصدقة » [4] .

---

(١) رواه الإمام أحمد فى المسند : ٣٤٩/٤ ولفظه : « رأى النبى ﷺ فى إبل الصدقة ناقة مسنة ، فغضب ، وقال : ما هذه ؟ فقال : يا رسول الله ، إنى ارتجعتُها ببعيرين من حاشية الصدقة فسكت » .

واستدل به السرخسى (المبسوط : ١٥٧/٢) .

(٢) خميس : هو الثوب الذى طوله خمسة أذرع ، وقيل : ثوب منسوب إلى ملك باليمن (انظر اللسان – مادة : خمس) .

(٣) لبيس : اللبيس ، مثال « كريم » ، الثوب يلبس كثيراً (المصباح المنير – مادة : لبس) .

(٤) رواه الدارقطنى فى سننه : ٢ / ١٠٠ .

قال الدارقطنى : « وهو مرسل ، طاووس لم يدرك معاذاً » ا . هـ .

ورواه البخارى فى صحيحه تعليقاً : ٣١١/٣ مع الفتح ، وفيه : « خميص » بالصاد .

وقال ابن حجر فى الفتح : « وهو صحيح الإسناد إلى طاووس لكن طاووس لم يسمع من معاذ فهو منقطع فلا يغتر بقول مَنْ قال : ذكره البخارى بالتعليق الجازم فهو صحيح عنده ، لأن ذلك لا يفيد إلا الصفة إلى مَن علّق عنه ، وأما باقى الإسناد فلا » انتهى من : الفتح : ٣١٢/٣) . =

الجواب :

أما الأول فنحن لا ننكر أن الشرع وَرَدَ بمقابلة فضل بفضل ، والكلام أنه هل كان بطريق القيمة ؟ وليس عليه دليل .

والجملة أن ابن اللبون بدل وَرَدَ به التوقيف ، وكذلك الخبران المذكوران في أخذ شاتين أو عشرين درهماً [(١)] أوردهما في الموضع الوارد فالكل على التوقيف .

فأما الخبران اللذان أوردهما ففي إسنادهما مقال [(٢)] .

والأصحاب أوَّلوا الأول ، وقالوا : كان ذلك شراءً وبيعاً بإذن الإمام . وقالوا في الثاني : / المراد من الصَدَقة الجزية ، وسميت صَدَقة على طريق المجاز ، كما كان يسمى المأخوذ من بني تغلب صَدَقة وقد كان جزية ، بدليل أن معاذاً رضي الله عنه أخبر أنه ينقلها إلى المدينة ، ولم يكن من مذهبه جواز النقل في الصَدَقات [(٣)] ، ولأنه ذكر الهجرة والنُصرة في الإشارة إلى الاستحقاق بهما والجزية تُستَحق لهما لا الصَدَقة .

٤٥/أ

وأما المعنى : نقول المنصوص عليه هو الواجب فلا يجوز غيره .

دليله : كل الواجبات في الشرع ، والدليل على أن المنصوص عليه هو

= ورواه ابن أبي شيبة في مصنفه : ١٨١/٤ في باب « ما قالوا في أخذ العروض في الصدقة » ، وذكره أبو عبيد في الأموال ص ٤٠٢ ، واستدل به السرخسي في المبسوط : ١٥٧/٢ .

(١) رواه البخاري في صحيحه : ٣١٢/٣ مع الفتح ، في باب « العرض في الزكاة » .

(٢) تقدم تخريجهما .

(٣) انظر المجموع : ٣٨٠/٥ .

الواجب أن الوجوب عُلِمَ بالشرع ، والشرع وَرَدَ بالمنصوص عليه فلا يجب بالنص إلاّ ما وَردَ به النص .

يدل عليه : أن الزكاة إن كانت عبادة فلا يجوز فى العبادة إلاّ ما وَرَدَ به التعبد بدليل الصلاة وأفعالها ، فإنه لا يقوم الركوع فيه مقام السجود ولا السجود مقام الركوع ، وكذلك لا يقوم السجود على الخد والذقن مقام السجود على الجبهة ، وكذلك فى سائر العبادات ووجه التقريب بين مسألتنا وهذا الأصل أن اللّه تعالى إذا وضع عبادته على جارحة بفعلٍ يُوجدُ منها لم تقم جارحة أخرى مقامها ، كذلك إذا وضع العبادة على المال وسماه بفعلٍ يُوجَدُ منه لم يقم الفعل منه فى مال آخر مقامه .

يدل عليه : أن أصل العبادة لا تجب بالتعليل ولا تقبله فكذلك كيفيتها ، وإن قلنا : إن الزكاة حق الفقراء ، فالحق الواجب للآدمى فى عين لا يقوم غيرها مقامها إلاّ بسبب شرعى من معاقدة ومعاوضة وغير ذلك .

يدل عليه : أن سبب وجوب الحق إذا اتصل بمحل يتعلّق الوجوب بصورته ومعناه مثل ما لو أسلم فى شئ واشترى شيئاً ، وكذلك إذا أوصى الإنسان بشاة أو أوصى بشاة من أربعين من الغنم أو ببعير من خمس وعشرين من الإبل للفقراء تعلّق حقهم بعين ذلك ، كذلك ههنا .

وأما حُجَّتهم :

قالوا : الزكاة واجبة للإغناء أو لدفع الحاجة ، لأنها وجبت على الغنى للمحتاج فيكون بعِلّة الإغناء ودفع الحاجة ، وقد قال صلى اللّه عليه وسلم فى صدقة الفِطر : « أغنوهم عن المسألة فى هذا اليوم » [1] .

(١) رواه الدارقطنى فى سننه : ١٥٣/٢ ، فى باب « زكاة الفطر » ، والبيهقى : ١٧٥/٤ ، فى باب « وقت إخراج زكاة الفطر » ، وابن عدى فى الكامل : =

ولأن التعليل واجب ما أمكن ، وقد أمكن التعليل بالإغناء وهو تعليل صحيح مؤثر ، وإذا عُلّل بهذا فالإغناء بالأصل والقيمة واحد فاستويا فى الجواز ، وشبّهوا الزكاة بالجزية والخراج .

وقالوا : أما الصلاة فإنما لم يجز فيها التعليل ، لأنها لو عُلّلت عُلّلت بالخشوع ، وفى كل فعل من الصلاة نوع خشوع لا يوجد فى غيره فبطل التعليل ، وفى مسألتنا الإغناء الذى يوجد فى المنصوص عليه يوجد فى القيمة.

قالوا : وأما السجود على الذقن والخد فليس بعبادة بل هو عبث فلا يقوم مقام العبادة بخلاف القيمة فإن إخراجها فى الجملة يكون عبادة فجاز أن يقوم أداءها مقام أداء المنصوص عليه .

قالوا : وأما إخراج المنافع إنما لا يجوز ، لأنها ليست بمال ، وإن كانت مالاً فهى فى المالية دون العين على ما عُرِف فى كتاب الغصب فلا يقوم مقامه ، فتعلّقوا بما لو أخرج بعيراً عن خمس من الإبل فإنه يجوز وإنما جاز بالقيمة لأنه غير منصوص عليه ، ولا يجوز أن يقال : جاز بدليل النص ، لأنه لما جاز عن أضعاف الخمس ففى الخمس أولى ، لأن هذا يبطل بما لو أخرج ست حقائق عن إحدى وستين وهو ثلاث مائة وخمسة مثل البعير فى مسألة الإلزام .

قالوا : « ولا يجوز أن يقال إن الواجب فى خمس من الإبل خُمُسُ بعير فلأن يجوز بعير كامل أولى . لأنه ليس كما زعمتم بل الواجب فى خمس من الإبل شاة ، وإنما يجب البعير عند بلوغه خمساً وعشرين فقبل بلوغه

= ٢٥١٩/٧ ، وأعلّه بأبى معشر « نجيح » ، ولفظه قال : « أغنوهم عن الطواف فى هذا اليوم » ا . هـ .

قال الزيلعى فى نصب الراية (٤٣٢/٢) : « غريب بهذا اللفظ » ا . هـ .

هذا القدر لا يُقدَّر فيه إيجاب شئ من البعير ، كما أن الشاة تجب عند بلوغ الغنم أربعين فقبل بلوغه هذا القدر لم يُقدَّر إيجاب شئ من الشاة » .

يبيِّنه : أنه كيف يُقدَّر إيجاب خُمْسُ من البعير فى خمس من الإبل ، وقد وجبت الشاة فيها ؟ فثبت بما قلنا أن جواز البعير كان بالقيمة فإذا جازت القيمة فى هذه الصورة فوجب أن يجوز فى كل موضع هذه طريقة مشايخهم .

وأما طريقة أبى زيد [١] فقد بنى كلامه على ما سبق من قبل وهو أن الزكاة حق اللّه تعالى على ما بيّنا ، ثم الفقير مصرف لهذا الحق ، ووصوله إليه من قِبَلِ اللّه تعالى إيفاءً للرزق الموعود إلاّ أن الرزق الموعود للفقير مال مطلق يحصل به كفايته لا بمال مخصوص معيَّن ، وهذا لأن حاجته ترتفع بالمال المطلق لا بالمقيَّد .

وأما حق اللّه تعالى فى مال معيَّن ثم لما أمر اللّه تعالى بصرفه إلى الفقراء صار الفقير نائباً عن اللّه تعالى فى قبض حقه فإذا حصل الأداء إلى اللّه تعالى بقبض الفقير فبعد ذلك يصير حقاً للفقير لرزقه الموعود فصار الفقير قابضاً رزقه الموعود بواسطة حصول الأداء إلى اللّه تعالى ، وهذا كَمَنْ له على إنسان عشرة دراهم / فأمر ربُّ المال المديون أن يتصدَّق بها على الفقراء فإنه يصح ، ويصير الفقير نائباً عن صاحب الدَّيْن فى قبض الدَّيْن ثم يصير قابضاً حقاً لنفسه ، وكذلك إذا كان على ربِّ الدَّيْن عشرة دراهم لرجل آخر فقال لمديونه : اقبض العشرة التى علىّ بما لى عليك فقضاها يصير القابض نائباً عنه فى قبض حقه أولاً ثم يصير مستوفياً حق نفسه كذلك ههنا .

٤٥/ب

---

(١) الأسرار : ورقة ٢٢٢/أ (شهيد على) .

قالوا : وإذا كان القابض هو الفقير وحقه فى مال مطلق احتجنا إلى أن نجعل حق اللّه تعالى فى مال مطلق ليصح قبض الفقير ، فإنه إنما يقبض للّه تعالى ما يقبضه لنفسه رزقاً له فيسقط حق اللّه تعالى فى صورة الشاة لضرورة تحقيق قبض الفقير حق نفسه فصار حق اللّه تعالى مؤدىً بمال مطلق بقبض الفقير ثم صار الفقير قابضاً ، وهذا هو الأصل فى كل حقين مختلفين يتأديان بقبض واحد فإنه يصير الحق الأول على وصف الحق الثانى ليتأدَّى حق الأول بقبض الثانى حقه .

ومثال هذا : رجل عليه مائة درهم لرجل وله على آخر كرّ حنطة أو عنده كرّ حنطة وديعةً فقال للذى عليه الحنطة : اقض الدراهم التى علىّ بما لى عليك من الحنطة ، فإنه يصير مأموراً ببيع الحنطة بالدراهم حتى يمكن أداؤها إلى صاحب الدَّيْن وهو الدراهم ، فقبض هو حق نفسه وحقه فى الدراهم فثبت قبض صاحب الحنطة فى ضمن قبضه حق نفسه وذلك إنما يُتصوّر إذا كان حق صاحب الحنطة على وصف حقه فجعل المديون مأموراً ببيع الحنطة ليصير كذلك ، فكذلك ههنا يثبت ما ادعيناه بالحقيقة والمثال ، وربما قالوا على فصل التعليل : إنَّا لا نعلل حق اللّه تعالى إنما نُعلِّل جانب حق الفقير وهو ما استحق من مال صالح لكفايته ويعدى معنى الصلاحية لكفايته إلى كل ما يكون فى معناه .

قالوا : ولا يلزم صَدَقة الفِطر ، وذلك إذا أدَّى ربع صاع حنطة يساوى نصف صاع حنطة حيث لا يجوز عن النصف ، فإنه إنما لم يجز لأنه لو جاز إنما جاز لقيمة الجودة ، ولا يجوز أن تعتبر الجودة فى هذا المدّ بدلاً عن مُدٍّ آخر ، لأن الجودة فى مال الربا لا قيمة لها بانفرادها بخلاف ما لو أدَّى شاة سمينة فى الزكاة فإنها تجوز عن شاتين ، لأن الجودة فى الشاة متقومة ، فأما إذا أعطى نصف صاع تمر جيدٍ عن شعير وسط أو بالعكس إنما لم يجز

لأن التمر والشعير والحنطة وإن كانت أجناساً مختلفة فى سائر الأحكام ، ولكن فى صَدَقة الفِطر كلها جنس واحد ، لأن المعنى المطلوب من الكل واحد وهو دفع حاجة الفقير ، وإذا صار الجنس جنساً واحداً فى هذه الحكم بطلت نيِّة التمييز ، ولم تصح نيِّة إقامة الحنطة مقام الشعير ، لأن الكل شئ واحد ، ومتى بطلت النيِّة وقعت الحنطة عن نفسها والجودة لا قيمة لها فلا يجوز إلاّ عن القدر الذى أدّى ، ولا يلزم على العدد إذا أعطى ثوباً واحداً عشرة مساكين عن طعامهم فى الكفّارة حيث يجوز ، لأن الطعام مع الكسوة جنسان مختلفان لاختلاف معنى المطلوب منهما ، وأمكن صرف أحدهما إلى الآخر لتغايرهما .

قالوا : وأما إذا أعطى ثوباً واحداً عشرة مساكين عن كسوتهم وهو يساوى ذلك لا يجوز ، لأن الكسوة فى كفَّارة اليمين وجبت مطلقة غير مقيَّدة بالوسط فعلى أىّ وصف كان الثوب وقع عن نفسه فلم يمكن إقامة جودته مقام ثوب آخر ، وليس كما لو أعطى شاة سمينة عن شاتين وَسطين حيث يجوز ، لأن الواجب الشاة هو الوَسط بالنص ، والجودة متقومة فيها فقدر الوسط وقع عن نفسه ، وفضل الجودة المتقومة وقع عن شاة أخرى فهذا هو المعنى فى المسائل .

وأما أصل القيمة فمجزية فى صَدَقة الفِطر بدليل أنه لو أعطى عن الصاع دراهماً أو دنانيراً فإنه يجوز عندنا .

قالوا : ولا يلزم الضحايا والهدايا والعتق حيث لا تجوز القيمة فيها ، لأنَّا نُسلِّم أن الحق متى وجب للّه تعالى لا يجوز إبطاله بالتعليل ، وكذلك حق العباد ، ولكن ادعينا أن اللّه تعالى رضى بتغير حقه لما أمر بصرفه إلى الفقير ، وفى الضحايا والهدايا حق اللّه غير مصروف إلى الفقير ، لأن حق اللّه بتأدّى بإراقة الدم لا بصرف اللحم إلى الفقير ، وإنما أثبتنا رضا

الله تعالى بتغيير حقه بصرورة أن الفقير هو القابض ، وهذا المعنى ههنا معدوم ، وكذلك العتق ، لأن الحق يتأدّى بنفس إتلاف الرِّق وليس هناك شئ مصروف إلى العبد حتى تقع الحاجة إلى تغيير حق الله تعالى ، وكذلك الركوع والسجود وسائر العبادات البدنية ، لأن أداءها بفعل يوجد من البدن من غير أن يكون هناك صرف شئ إلى الفقير فخرج على ما قلنا .

الجواب :

أما الطريقة الأولى فهى على بناء على إثبات التعليل ، وهذا باطل لما بيّنا من قبل ولأن من شرط صحة التعليل تقرير الحكم فى الأصل ثم التعدية مثل ما يفعل فى الأشياء / الستة وسائر المواضع . ٤٦/أ

وعندهم بهذا التعليل يتغير حكم الأصل ، لأن حكم الأصل وجوب الشاة ويفوت الوجوب بالتعليل ، لأن الواجب ما لا يجوز غيره ، فإذا جاز غير الشاة فات وجوب الشاة فتعيَّن حكمه من الوجوب إلى الجواز فبطل التعليل من هذا الوجه .

فإن قالوا : لا يتغير حكم الأصل ، لأن الشاة إذا أدَّاها يكون أدَّى الواجب ، لكن يتسع محل الواجب مثل الصلاة فى وقت الظهر يكون وجوبها موسعاً لا أن يفوت الوجوب فى أول الوقت .

والجواب :

أن النص اقتضى وجوب الشاة على التعيين ، وبالتعليل يفوت هذا ، فثبت تغيير حكم الأصل قطعاً ، وتحقق أن التعليل باطل لهذا الوجه ، وهذا جواب حسن على هذه الطريقة .

وطريقة أبى زيد والذى يختص بهذه الطريقة :

أن يقال لهم إذا عللّتم بالإغناء فقد ناقضتم أصلكم ، لأن الزكاة عندكم عبادة

محضة وهى حق اللّه تعالى على الخلوص ، وإذا علّلت بالإغناء يكون حق الفقير ، لأن ما أُوجب لإغناء الآدمى يكون حق الآدمى ، ولأن التعليل لإسقاط الحقوق عن الأعيان باطل ، كما لو أوصى فقال : « أغنوا فلاناً بشاة أو ببعير أو بدراهم » لا يجوز أداء غيرها ، وهذا لأن العَيْن محل تعلق الحق بها للّه تعالى وللفقير ، فإذا اتصل بها الخطاب والإيجاب لا بد من تعلق الحق بها ، وإذا تعلّق الحق بها فالتعليل لإبطال الحقوق عن الأعيان باطل مثل سائر الحقوق فى العالَم . ويقال لهم أيضاً : وجبت الزكاة للإغناء ، ولكن بهذا الذى عَيَّنه ولا يجوز غيره كما فى العبادة البدنية لما أوجب التعبد والتخشع بهذا الفعل الذى عَيَّنه فلم يجز غيره .

وقولهم : « إن فى كل واحد من الأفعال نوع تخشع لا يوجد فى صاحبه » .

قلنا : على القطع نعلم أن ما يوجد من التعظيم والتخشع بوضع الجبهة يحصل بوضع الخد وأكثر فوجب أن يجوز .

وأما إذا أدَّى بعيراً عن خمس من الإبل .

قلنا : عندنا جاز بالنص وهو قوله عليه السلام : « خُذْ من الإبل الإبل، ومن البقر البقر » (١) .

---

(١) رواه أبو داود فى سننه : ٢٥٤/٢ مع المعالم فى باب « صدقة الزرع » .
وابن ماجه فى سننه : ٥٨٠/١ فى باب « ما تجب فيه الزكاة من الأموال » .
والدارقطنى فى سننه : ١٠٠/٢ .
قال ابن حجر فى التلخيص (١٧٠/٢) : « وصححه الحاكم على شرطهما إن صح سماع عطاء من معاذ . قلتُ : لم يصح لأنه ولد بعد موته أو سنة موته أو بعد موته بسنة ، وقال البزار : لا نعلم أن عطاء سمع من معاذ » . ا . هـ .

وهذا لأن الواجب جزء من النصاب ليكون وجوبه على وجه المواساة وصفة اليُسر ، والشاة ليست بجزء من الإبل فيكون وجوبها رخصة فإذا لم يوجد وأدّى ما هو الواجب الأصلى فلا بد من الجواز وهو مثل المسح على الخفين فإنه رُخصة ولو لم يفعل بفعله وغسل الرجلين يجوز ، كذلك ههنا ، وهذا جواب معتمد .

وأما طريقة أبى زيد فهى بناء على أصل ممنوع وليس على إثباته دليل معتمد عليه .

أما قولهم : « إن الزكاة عبادة محضة » . فقد دلّلنا أنها حق الفقراء فلا نعيد وإذا صارت حق الفقير بطلت حق التعليل لإبطال حقه أو يعتبره من محل إلى محل ، والمنع معتمد .

وأما قولهم : « إن الفقير يقبض ما يقبضه عن الرزق الموعود » .

فليس عليه دليل ، ويقال لهم : اجعلوا الزكاة صلة من اللّه تعالى للفقير .

وأما الرزق الموعود فدارٌ عليه ، والشاة والدراهم فى صورة الزكاة صِلة ، والسيد قد يرزق عبده على الدرور ثم يصله بصلة وراء ذلك فإذا جعلنا الزكاة صلة فكأن اللّه تعالى وصل الفقير بما سماه فيتعيَّن ذلك وهذا أولى مما قاله ، لأنه على هذا يبقى حق اللّه تعالى على ما كان وعلى ما زعموا أبطلا [1] حق اللّه تعالى عن الواجبات التى نص عليها بعد ثبوتها بلا دليل .

وأيضاً يقال لهم : قولوا إن اللّه تعالى وعد الرزق بمالٍ مطلق ثم حين أمر بصرف الزكاة إلى الفقراء فقد نقل رزقهم فى هذا الموضع من المال المطلق

---

(١) كذا فى المخطوط ولعله : أبطلوا .

إلى مال معيَّن ، ويجوز أيضاً للسيد أن يرزق عبده بمال مطلق ويجوز أن يرزقهم بمال معيَّن وله ولاية النقل فلأى ضرورة سقط أصل حق اللّٰه فى الواجبات التى سماها ونص عليها وعنده لو سقط سقط ضرورة ، ولا كلام على هذين الجوابين ، وهما فى نهاية الوضوح ، وعلى أنَّا قد بيّنا أن من شرط صحة التعليل تقرير الحكم فى الأصل ثم تعدية الحكم إلى الفرع ، ولا يوجد فى هذا الموضع هذا الشرط فإذا فات شرط التعليل بطل التعليل .

وأما المسائل التى تعلّقوا بها فهى معاملات بين العباد ومبناها على المراضاة ، وقد تضمن الأمر من صاحب الدَّيْن فى تلك المواضع الرضا بما قالوه .

فإن قالوا : « إن ههنا وُجِدَ الرضا من اللّٰه تعالى بانتقال حقه من المال المعيَّن إلى المال المطلق » .

فهذا مجرد تحكم من غير حُجَّة .

وأما تعلقهم بأمره تعالى بصرفه إلى الفقير فقد وجدنا وجهاً لصرفه من غير أن يحتاج إلى تغيير حق اللّٰه ، ونقله من شئ إلى شئ وهو أحد الوجهين اللذين قدمناهما فقد بطل ما قالوه وفسد فساداً لا يقبل الصلاح . وإن تعلّقوا بالجزية والخراج فإنما جازت القيمة فيهما بالنص على ما عُرِف ، وعلى أن هناك ولاية الإمام ثابتة فى الابتداء وضعاً فثبتت فى الانتهاء أخذاً بخلاف مسألتنا ، ولأن المنافع تجزى فى الجزية بخلاف الزكاة / وكان المعنى فى الفرق ما ذكرنا ، واللّٰه أعلم . ٤٦/ب

* * *

(مسألة)

إذا مات مَنْ عليه الزكاة لم تسقط الزكاة بموته وتؤدَّى من تركته كما تؤدَّى الديون عندنا [1] .

وعندهم : تسقط بموته وإن أوصى بإخراجها تخرج كما تخرج التبرعات حتى تُعتبر من الثلث [2] .

لنا :

إن الزكاة حق الفقراء على ما سبق بيانه فنقول : حق من حقوق الآدميين فلا يسقط بموت مَن عليه .

دليله : سائر الحقوق للآدميين ، وقياساً على العُشر إن سلّموا ، وهذا لأن الموت ليس بسبب مسقط للحقوق المالية إنما هو للانتقال من الدنيا إلى الآخرة والواجبات المالية عليه كما كان فى حال الحياة فتقضى من المال إن خلف مالاً وتُقدَّم على حق الورثة ، لأن قضاء الدَّيْن حقه والميراث حق الورثة فيُقدَّم حقه على حق الورثة ، كما يُقدَّم التجهيز والتكفين ثم إذا بقى مال بعد قضاء الحقوق الواجبة عليه حينئذ يُقسَّم بين الورثة ، وإن لم يخلف شيئاً سقط وجوب القضاء للعجز ، لأن أصل الحق سقط وهو مثل ما لو أعسر فى حال الحياة لم يُطالَب للعجز ، ونستدل بما لو أوصى بالزكاة فنقول : لا يخلو إما أن قلتم : إن الزكاة بقى وجوبها بعد الموت أو قلتم : سقطت ، فإن

---

(١) المهذب : ٢٣٧/١ ، المجموع : ١٨١/٦ ، النكت : ورقة ٩٧/أ .

(٢) الحُجَّة : ٤٦٣/١ ، الأسرار : ورقة ١١٨/١ - أ (مراد ملا) ، مختصر الطحاوى ص ٥٢ ، رؤوس المسائل ص ٢٠٥ ، المبسوط : ١٨٥/٢ ، البدائع : ٩٢٣/٢ ، ٩٢٤ .

قلتم بقى وجوبها بعد الموت فقولوا إن الوصية باطلة لأن الوصية حصلت بالزكاة ، فإذا لم تكن الزكاة واجبة فتكون الوصية بالزكاة كلا وصية ، وهذا إلزام معتمد .

وأما حُجَّتهم :

قالوا : الزكاة عبادة محضة فتسقط بالموت كالصلاة والصوم .

والدليل على أنها عبادة محضة ما بيّنا من قبل .

وقولكم : « إنها حق الفقراء » .

قالوا : لا ، بل حق اللّه تعالى ، وإنما الفقراء مصارف بالطريق الذى قلنا .

يدل عليه : أنه لا معنى يُعرف لوجود حق الفقراء فى مال الأغنياء ، لأنه إن كان لفقره وحاجته ففقره وحاجته لا تدل على وجوب حق له على مَنْ ليس بفقير ، وإن كان للدين فالدين أمر بين العبد وبين ربه فلا يوجب له شيئاً على عبد آخر لدينه ، وهذا لأن حدّ الدين ليس بأمر بين العبد والعبد حتى يجب بسببه حق له عليه .

وخرج على هذا القرابة ، لأنه معنى بين القريتين فجاز أن يجب له بسببها حق له على صاحبه ، وإذا ثبت أنها عبادة محضة فتسقط بموت مَنْ عليه العبادة ، لأن حقيقة العبادة فعل مَنْ عليه العبادة ، وفعل مَنْ عليه العبادة يفوت بموته ففاتت العبادة ضرورة .

يدل عليه : أن العبادة من غير متعبدٍ محال ، ولا متعبد فلا عبادة وصارت هذه العبادة مثل عبادة الصلاة والصوم سواء إلاّ أن هناك آلة العبادة بدن المتعبد وههنا آلة العبادة مال المتعبد ، فحصل الاختلاف فى الآلة التى تؤدى بها العبادة لا فى نفس العبادة ، لأن العبادة حقيقتها فى الموضعين واحد لا يختلف .

قالوا : وليس كما لو أمر بأداء الزكاة فى حال الحياة ، لأن أمره لما اتصل بالأداء أمكن تحقيق معنى العبادة بخلاف مسألتنا على ما ذكرنا فى مسألة زكاة الصبى .

والحرف لهم : أنه لما فات بالموت فعله وأمره تعذر تحقيق العبادة فعلاً من قِبَلِه فصار سقوطها فى أحكام الدنيا من ضرورة هذا الفوات .

قالوا : وأما إذا أوصى بالزكاة فقد وُجِدَ من قِبَلِه الأمر وإذا اتصل أمره بها صار كما لو اتصل أمره بها فى حال الحياة إلاَّ أنه اعتبر من الثلث ، لأنه لم يلزم إخراجها لولا الأمر أشبه الوصية بالتبرعات فكانت من الثلث .

قالوا : وأما العُشر فقد منع فى إحدى الروايتين ، وعلى الرواية الأخرى وهو ظاهر المذهب ، إنما لا يسقط بالموت ، لأنه وظيفة الأرض مثل الخراج فصار مؤنة مالية مثل سائر المؤن ولم يكن عبادة فلم يسقط بالموت مثل ما لا يسقط سائر الديون .

الجواب :

أما قولهم : « إن الزكاة عبادة محضة » .

فقد أجبنا عن هذا فى مسألة زكاة الصبى .

وقولهم : « إنه لا سبب يوجب للفقراء حقاً فى ماله » .

قلنا : وُجِدَ بينهما وصلة الدين ، وهى وصلة زائدة على كل وصلة فإن كان وصلة النسب توجب الحق لأحد القريبَين على الآخر فوصلة الدين أولى .

وقولهم : « إن الدين أمر بينه وبين ربه » .

قلنا : نعم ، وهو أيضاً يفيد أخوة بينه وبين المشارك له فى الدين ، كما

قال تعالى : ﴿ إِنَّمَا الْمُؤْمِنُونَ إِخْوَةٌ ﴾ [1] . فكان سبب الاستحقاق هو الأخوة ديناً بشرط الفقر وإنما شرطنا الفقر بالشرع ، ولأنه لما وجب لدفع الحاجة وجب للمحتاج ، ولا ينكر ضم شرط إلى سبب الاستحقاق بعد أن قام عليه الدليل ، ثم وإن سلّمنا أن الزكاة عبادة محضة لكن هذا لا يوجب سقوطها بالموت ، لأنها عبادة مالية ، والمال قائم ، والأصل أن كل واجب بقى فى محل / وجوبه إلى أن يقوم الدليل على سقوطه .

٤٧/أ

فإن قالوا : هذا الواجب عليه ولم يبق مَنْ عليه .

قلنا : موت مَنْ عليه الحق لا يوجب سقوط الحق مثل سائر الديون ، وهذا لأنه جُعِل بمنزلة الحى فى تصوير البقاء عليه إلى أن يؤدَّى من ماله .

ألا ترى أن فى سائر الديون جُعِلَ بمنزلة الحى فى بقائها عليه إلى أن تؤدَّى من ماله .

وأما قولهم : « حقيقة العبادة فى فعله » .

قلنا : نعم ، فى فعله أو فى فعل مَنْ يقوم فعله مقام فعله بسبب صحيح شرعاً بدليل الثابت فى حال الحياة .

فإن قالوا : هناك وُجِدَ أمر مَنْ عليه الحق بالفعل ، وههنا لم يوجد .

قلنا : وههنا وُجِدَ أمر الشرع فيقام أمر الشرع بالفعل مقام أمره ، وهذا لأن الخطاب يتصل بالفعل واعتبر فى بقائه تصور الفعل إما محسوساً أو اعتباراً شرعياً ، وههنا إن لم يتصور فعله محسوساً تصوّر فعله اعتباراً بالشرع ، وإذا تصوّر فعل الزكاة من قِبَله بهذا الاعتبار بقى الوجوب وهو نظير العُشر ، وقد بيّنا أنه مثل زكاة سائر الأموال ، وعلى أنَّا

---

(١) سورة الحجرات : جزء من آية ١٠

إن كلمناهم فى صَدَقة الفطر ضاق الكلام عليهم جداً ، لأنها تتأدى بولاية شرعية لا من قِبَلِ مَنْ عليه ، بدليل أن الولى يُخرج زكاة الفِطر عن الصبى على ما عُرِف ، ومع ذلك قالوا : إنها تسقط بالموت .

قالوا : « إن الصبى فى الجملة من أهل الفعل فجاز أن يقوم فعل الولى مقام فعله ، وأما الميت فليس من أهل الفعل أصلاً فلم يمكن إقامة فعل الغير مقام فعله » .

قلنا : والصبى ليس من أهل فعل معتبر شرعاً وكلامنا فى مثل هذا الفعل فاستويا من هذا الوجه .

وأما فصل إلزام الوصية فقوى جِداً .

وقولهم : « إنه وجد الأمر منه بالزكاة فبقى وجوب الزكاة » .

قلنا : وإنما يقوم فعل غيره مقام فعله حكماً إذا كان من أهل الفعل محسوساً ، وقد خرج بالموت عن أهلية الفعل ، فكيف يقوم فعل غيره مقام فعله ولا فعل له ؟ ولئن جاز أن يقوم فعل غيره مقام فعله حكماً ، وإن كان خرج عن أهلية الفعل محسوساً جاز أيضاً ههنا أن يقوم فعل غيره مقام فعله وإن كان لا فعل له ولا أمر . ثم يقال لهم : إنكم إذا أبقيتم الوجوب لوجود الأمر فقولوا يكون من جميع المال .

وقولهم : « إنه يشبه التبرعات » .

قلنا : كيف يشبه التبرعات وهو فى نفسه واجب ؟ ولأنَّا بيّنا أن الواجب إنما كان من جميع المال ، لأن قضاء حقه مقدَّم وحق الورثة متأخر عن حقه ، وفى هذا المعنى يستوى جميع الواجبات سواء احتاج إلى أمره بالإخراج أو استغنى عنه . والله أعلم بالصواب .

* * *

(مسألة)

لا يُضَم أحد النقدين إلى الآخر فى حكم الزكاة بل يُعتبر كل واحد على حياله فإذا تمّ فحينئذ تجب الزكاة [1] .

وعندهم : يُضَم أحد النقدين إلى الآخر ويُحكم بكمال النصاب [2] إلاّ أن أبا حنيفة قال : يُضَم بالقيمة [3] .

وعند أبى يوسف ومحمد يُضَم بالأجزاء [4] .

---

(١) النكت : ورقه ٨٠/ب ، المهذب : ٢١٤/١ ، المجموع : ٤٧٨/٥ ، وهو قول ابن أبى ليلى وأبى عبيد ورواية عن الإمام أحمد ، اختارها أبو بكر عبد العزيز . معالم السنن : ٢١٠/٢ ، المغنى : ٢١٠/٤ ، الإفصاح : ٢٠٧/١ .

(٢) الأسرار : ورقة ١١١/أ (مراد ملا) ، مختلف الرواية : ورقه ٤١/ب ، فتح القدير : ٢٢١/٢ .

وهو قول المالكية ورواية عند الإمام أحمد اختارها الخرقى فى مختصره ، قوانين الأحكام ص ١١٧ ، الإشراف للبغدادى : ١٧٤/١ ، المغنى : ٢١١/٤ ، مختصر الخرقى مع شرحه المغنى : ٢٠٣/٤ ، الإفصاح لابن هبيرة : ٢٠٧/١ .

(٣) انظر مختلف الرواية : ورقة ٤١/ب ، الأسرار : ١١١/أ (مراد ملا) ، فتح القدير : ٢٢٢/٢ .

(٤) مختلف الرواية : ورقة ٤١/ب ، الأسرار : ١١١/أ (مراد ملا) ، فتح القدير : ٢٢٢/٢ .

وهو قول المالكية والرواية الأخرى عند الحنابلة فى كيفية الضم .

الإشراف للبغدادى : ١٧٥/١ ، المغنى : ٢١١/٤ ، قوانين الأحكام ص١١٧ .

وفائدة الخلاف فى هذه المسألة تظهر فى أنه على قول مَنْ يضم بالأجزاء لا يجب =

لنا :

إنهما مالان من جنسين مختلفين فلا يُضَم أحدهما إلى الآخر فى نصاب الزكاة ، دليله البقر [1] والغنم .

والدليل على أنهما مالان من جنسين مختلفين ، لأن أحدهما ذهب والآخر فضة ، وكل واحد من الاسمين اسم للعين ، فإذا تغايرا اسماً تغايرا عَيْناً ، لأنَّا نعلم قطعاً أن الذهب غير الفضة والفضة غير الذهب ، بدليل الصورة والمالية ، فإنهما اختلفا صورة ومالية ، ولئن جاز أن يقال إنهما مال واحد جاز أن يقال إن البقر والغنم واحد أيضاً . وإذا ثبت هذا الاختلاف عَيْناً ثبت الاختلاف جنساً ، واستمرت العِلّة وصحَّت .

ويدل عليه : من حيث الحكم أن الربا لا يجرى بينهما ولو كان من جنس واحد يجرى بينهما الربا ، وحين لم يجر الربا دلَّ أنهما جنسان مختلفان ، وقد تأيد الاستدلال بهذا الحكم بنص الرسول ﷺ وهو قوله عليه السلام : « فإذا اختلف النوعان فبيعوا كيف شئتم بعد أن يكون يداً بيد » [2] .

ونقول من حيث التحقيق : إن الضم محسوس غير معتبر بدليل ضم البقر إلى الغنم والغنم إلى البقر لا يعتبر ، وإنما اعتبر الضم حكماً فلا بد من دليل ولم يوجد .

= عليه شيئاً فيما إذا كان عنده مائة درهم وخمسة دنانير قيمتها مائة درهم حتى يكمل النصاب بالأجزاء من الجنسين .

وعلى قول مَنْ يضم بالقيمة يوجب عليه الزكاة فيها .

(١) قال الخطابى فى معالم السنن : (٢/ ٢١٠) « ولم يختلفوا فى أن الغنم لا تضم إلى الإبل ولا إلى البقر وأن التمر لا يضم إلى الزبيب » ا . هـ .

(٢) رواه مسلم فى صحيحه : ١٤/١١ فى باب « الربا » ولفظه : « فإذا اختلفت هذه الأصناف فبيعوا كيف شئتم إذا كان يداً بيد » ا . هـ .

وأما حُجَّتهم :

قالوا : الذهب والفضة فى حق الزكاة فى حكم مال واحد فيكمل نصاب بعضه بالبعض كالكسور والصحاح والمعز والضأن .

وإنما قلنا ذلك ، لأن الزكاة تجب فى الأموال بوصف النماء على ما عُرِف، والنماء فى الذهب والفضة بصفة الثمنية ، وصفة الثمنية صفة منمية لأنها صفة التجارة وطريق التوصل إلى الأشياء ، والذهب والفضة من حيث الثمنية فى حكم مال واحد ، لأنهما خُلقا ثمناً للأشياء فوجب ضم بعضه إلى البعض كما وجب ضم أموال التجارة بعضها إلى بعض .

يبيِّنه : أنها باعتبار الثمنية صار مالاً للتجارة فصار كالعروض التى يعدها للتجارة .

ولهذا قال أبو حنيفة : إنه يضم باعتبار القيمة / لأنهما إذا صارا مالى التجارة فكان الضم بالقيمة كسائر أموال التجارة . ٤٧/ب

وربما يتعلقون باتفاق الواجب فيهما [١] ، فإنه ربع العُشر بكل حال ، وكذلك اتفاق النصاب فإن كل دينار يعدل بعشرة دراهم [٢] ، وعلى هذا يكون نصاب الدنانير مثل نصاب الدراهم .

قالوا : ولأن كل واحد منهما يضم إلى سلع التجارة فإذا ضممناهما إلى سلع التجارة حضم [٣] الضم بينهما ضرورة .

---

(١) انظر الأسرار : ورقة ١/١١١- ب (مراد ملا) .

(٢) الجوهرة على مختصر القدورى : ١/١٥٨ .

(٣) كذا فى المخطوط ولعله : حصل .

الجواب :

أنَّا دللنا على أنهما مالان مختلفان جنساً وتعلقنا بالحكم والحقيقة .

وأما قولهم : « إنما خلقا للثمنية فيكونا مالاً واحداً فى المعنى » .

قلنا : ولِمَ لا يجوز أن يختلفا جنساً ، وإن كان خُلقا لشئ واحد ، لأنه غير مستنكر ولا مستبدع أن يخلق اللّه تعالى أشياء كثيرة لمعنى واحد ، وهذا لأنه إذا خلق شيئاً واحداً لمعنى واحد ضاق الأمر على الناس ، وإذا خلق أشياء كثيرة لمعنى واحد اتسع الأمر على الناس وزال الضيق حتى إذا تعذر وصوله إلى واحد فى ذلك المعنى وصل إلى غيره .

والدليل على جواز ما قلناه أن اللّه تعالى قال : ﴿ وَالخَيْلَ وَالبِغَالَ وَالحَمِيرَ لِتَرْكَبُوهَا وَزِينَةً ... ﴾ [١] .

فقد أخبر أنه تعالى خلق هذه الأشياء لمعنى واحد ، ومع ذلك لم يجعل الجميع كمالٍ واحد ، وليس كمالِ التجارة .

ولأن نصاب أموال التجارة من قيمتها ، وإذا كان النصاب من قيمتها صار الجنس واحداً ، لأنه يقوِّمها إما بالدنانير أو بالدراهم وينظر إلى ما اشترى من العروض بها من هذين النقدين فإذا قوِّم بأحدهما فهو مال واحد وتكميل النصاب جرى فى مالٍ واحدٍ لا فى مالين مختلفين بخلاف مسألتنا ، فإن نصاب الدراهم والدنانير من أعيانها . ألا ترى أن كل جنس لو انفرد لم تجب الزكاة حتى يكمل نصاباً من عينه ، قلّت القيمة أو كثرت كالسوائم سواء بخلاف الثياب وسائر العروض إذا كانت للتجارة ، فإن ثوباً لو بلغت قيمته ألفاً كان نصاباً ، وثياب كثيرة إذا لم تبلغ قيمتها

---

(١) سورة النحل : جزء من آية ٨ .

نصاباً لم يكن نصاباً . فإن قيل : إنما كان كذلك ، لأن الجودة من كل واحد منهما غير متقومة إذا انفرد ، وإذا لم يتقوم ، فلهذا اعتبر كمال النصاب عيناً فأما عند المقابلة بجنس آخر تقوّم الجودة ، فإذا ظهرت قيمته كمل النصاب بالقيمة ، وعند الانفراد لم تظهر قيمته فأكمل النصاب بالعَيْن .

قالوا : (وهذا كما قلنا فيمَنْ غَصَبَ قُلْباً [١] فقسّمه ثم رد على صاحبه فأخَّره صاحب القُلْب وأراد أن يضمنه قيمة الجودة لم يكن له ذلك ، لأنه أراد أن يضمن الجودة بانفرادها ، ولو أراد أن يترك الأصل عليه ويضمنه بخلاف جنسه جيداً كان له ذلك) [٢] بخلاف مسألتنا .

والجواب :

إن الجودة مال متقوّم ، وإنما سقط اعتبارها فى موضع مخصوص بالنص ففيما وراء ذلك الموضع هى معتبرة متقوّمة ، ومسألة القُلب المقسوم على أصولهم ، وعلى الأصح من الوجوه لأصحابنا له أن يضمنه الجودة من جنس الفضة ، لأن الربا إنما يعتبر فى المعاقدات ، فأما فى ضمان الإتلاف فلا .

وأما قولهم : « إن الواجب واحد وهو رُبع العُشر » .

قلنا : هذا لا يدل على اتفاق الجنسين بدليل العُشر فى الأجناس الخارجة من الأرض ، وكذلك الخُمس فى الغنائم المشتملة على الأجناس المختلفة .

وأما قولهم : « إن النصاب واحد » .

فليس كذلك ، لأن الدنانير عندنا غير معدَّلة بعشرة دراهم [٣]

---

(١) القُلب - بالضم : سوار من الفضة غير ملتوى (المصباح المنير - مادة : قلب) .

(٢) ما بين القوسين نقلاً من الأسرار : ١١١/ب (مراد ملا)- ببعض التصرف .

(٣) أى عند الشافعية .

بل هو معدَّل باثنى عشر درهماً فلم يتفق النصاب والنصاب .

وأما قولهم : « إن كل واحد منهما يضم إلى السلعة » .

فهذه الصورة كل صورة يوردونها على مذهبهم ، وعندنا ينظر إلى الذى اشترى به السلعة فإن كان دراهماً تقوٌّم السلعة بها ويضم إليها الدراهم ولا يضم الدنانير وكذا على العكس فلا ضم عندنا على ما زعموا .
والله أعلم .



(مسألة)

لا زكاة فى حلى النساء على أحد قولى الشافعى [1] رضى اللّه عنه .

وفى الآخر يجب [2] ، وهو قول أبى حنيفة وأصحابه [3] .

وقد روى عن جماعة من الصحابة القول بنفى الزكاة على الحلى منهم :

---

(١) النكت : ورقة ٨١/أ ، الأم : ٣٥/٢ ، المهذب : ٢١٥/١ ، المجموع : ٤٩٠/٥ ، روضة الطالبين : ٢٦٠/٢ ، وقال النووى فى الروضة : « وهو الأظهر » ا.هـ . شرح السنة للبغوى : ٥٠/٦ ، حلية العلماء : ٨٣/٣ ، معالم السنن: ٢١٤/٢ .

وهو قول المالكية وهو ظاهر المذهب عند الحنابلة ، الإشراف للبغدادى : ١٧٦/١ ، المغنى : ٢٢٠/٤ ، قوانين الأحكام ص ١١٨ .

(٢) المهذب : ٢١٥/١ قال الشيرازى فى المهذب : « واستخار اللّه فيه الشافعى واختاره لما روى أن امرأة من اليمن .... » ا.هـ . المجموع : ٤٩٠/٥ ، روضة الطالبين : ٢٦٠/٢ .

(٣) الأسرار : ورقة ١٨٠ / ب (شهيد على) ، مختصر الطحاوى ص ٤٩ ، المبسوط : ١٩٢/٢ ، البدائع : ٨٤١/٢ ، رؤوس المسائل ص ٢١٦ ، مختصر القدورى مع الجوهرة : ١٥٨/١ ، الحُجَّة : ٤٤٨/١ .

وهو رواية عن الإمام أحمد . انظر : المغنى : ٢٢٠/٤ ، معالم السنن : ١٣/٢ .

قال الخطابى فى المعالم : « الظاهر من الكتاب يشهد لقول مَنْ أوجبها والأثر يؤيده ، ومَنْ أسقطها ذهب إلى النظر ، ومعه طرف من الأثر ، والاحتياط أداؤها » ا.هـ . (٢١٤/٢) .

ابن عمر [١] ، وعائشة [٢] ، وأسماء [٣] ، وجابر [٤] ، وأنس [٥] بن مالك ، نقل عنهم بأسانيد معروفة .

وروى مثل ذلك عن التابعين : عن القاسم [٦] بن محمد ، والشعبى [٧] ، ومن الأئمة عن مالك [٨] ، وأحمد [٩] ، وإسحاق [١٠] .

وقد ذهب مَنْ أوجب الزكاة فيها إلى أخبار رووها فى الباب منها :

ما رواه أبو داود فى سننه بإسناده عن عمرو بن شعيب عن أبيه عن جده : « أن امرأة أتت النبى ﷺ ومعها ابنة لها وفى يد ابنتها مسكتان[١١] غليظتان من ذهب ، فقال : أتعطين زكاة هذا ؟ قالت : لا ، قال : أيَسُرُّك أن

---

(١) رواه الشافعى عنه فى الأم : ٣٥/٢ ، وذكره البغوى فى شرح السُنَّة : ٤٩/٢ .

(٢) رواه الشافعى عنها فى الأم : ٣٤/٢ ، ٣٥ ، وذكره البغوى فى شرح السُنَّة : ٤٩/٢ .

(٣) رواه الدارقطنى عنها فى سننه : ١٠٩/٢ ، وذكره البغوى فى شرح السُنَّة : ٤٩/٦ .

(٤) رواه الشافعى عنه فى الأم : ٣٥/٢ ، وذكره البغوى فى شرح السُنَّة : ٤٩/٦ .

(٥) ذكره البغوى فى شرح السُنَّة : ٤٩/٢ .

(٦) ، (٧) ذكرهما البغوى فى شرح السُنَّة : ٤٩/٢ ، ٥٠ .

(٨) انظر : الإشراف للبغدادى : ١٧٦/١ .

(٩) انظر المغنى : ٢٢٠/٤ ، وقال ابن قدامة : « وهذا ظاهر المذهب » .

(١٠) انظر : شرح السُنَّة للبغوى : ٥٠/٢ ، المغنى : ٢٢٠/٤ ، المجموع : ٤٩٠/٥ .

(١١) المسكة - بالتحريك : الأسورة أو الخلخال (معالم السُنَن : ٢١٢/٢) .

يَسَوِّرك اللّه بهما يوم القيامة بسوارين [١] من نار ؟ قال : فخلعتهما وألقتهما إلى النبى ﷺ فقالت : هما للّه ورسوله » [٢] .

وذكر أبو عيسى هذا الخبر فى جامعه وقال : « إن امرأتين أتتا النبى عليه[٣] السلام فى أيديهما سواران من ذهب ، فقال لهما : أتؤديان زكاتهما ؟ [٤] قالتا : لا ، فقال : أتحبان أن يسوِّركما اللّه بسوارين من النار ؟ قالتا : لا / قال : فأديا زكاته » [٥] .

٤٨/أ

---

(١) كذا فى المخطوط وفى سُنَن أبى داود : « سوارين » .

(٢) انظر : سُنَن أبى داود : ٢١٢/٢ مع المعالم ، باب « الكنز ما هو ؟ وزكاة الحلى » .

ورواه أيضاً : النسائى فى سننه : ٢٨/٥ ، فى باب « زكاة الحلى » مرسلاً ومسنداً .

ونقل الزيلعى فى نصب الراية عن ابن القطان قوله : « إسناده صحيح » .

ونقل عن ابن المنذر فى مختصره قوله : « إسناده لا مقال فيه » ا . هـ .

نصب الراية : ٣٧٠/٢ .

ورواه الدارقطنى فى سننه : ١٠٧/٢ ، ١١٢ .

والبيهقى فى سننه : ١٤٠/٤ .

(٣) فى المخطوط : « عليهما » – وهو خطأ .

(٤) كذا فى المخطوط ، وفى السنن « زكاته » .

(٥) انظر : سنن الترمذى : ١٣١/٣ مع العارضة ، فى باب : « زكاة الحلى » قال أبو عيسى : « هذا حديث ، قد رواه المثنى بن الصباح عن عمرو بن شعيب نحو هذا ، والمثنى بن الصباح وابن لهيعة ضعيفان فى الحديث ، لا يصح فى هذا الباب عن النبى ﷺ شئ » ا . هـ .

وقد رواه البغوى فى شرح السُنّة : ٤٨/٦ باب « زكاة الورق والحلى » .

وعبد الرزاق فى مصنفه : ٨٥/٤ ، ٨٦ ، رقم : ٧٠٦٥ .

=

وروى أبو داود أيضاً برواية عبد الله بن شداد عن عائشة قالت : « دخل عليّ رسول الله ﷺ فرأى في يدىَّ فتخات [1] من وَرِق ، فقال : ما هذا يا عائشة ؟ فقلتُ : صنعتُهن أتزينُ لك يا رسول الله ، فقال : أتؤدّين زكاتها ؟ ، قلتُ : لا ، قال : هو حسبك من النار » [2] .

وروى الدارقطنى بإسناده عن عطاء عن أم سلمة : « أنها كانت تلبس أوضاحاً من ذهب ، فسألت النبى عليه السلام عن ذلك ، فقلتُ : أكنز هو ؟ فقال : إذا أديِّتِ زكاته فليس بكنز » [3] .

= وذكره محمد بن الحسن فى الحُجَّة استدلالاً به : ٤٤٩/١ .

وقد استدل به الدبوسى فى أسراره : ورقة ١٨٢ /أ .

(١) الفتخات : خواتيم كبار ، كان النساء يتختمن بها ، والواحدة فتخة .

انظر : معالم السُنَن : ٢١٣/٢ .

(٢) انظر سنن أبى داود : ٢١٣/٢ مع المعالم ، فى باب « الكنز ما هو ؟ وزكاة الحلى » .

ورواه الدارقطنى فى سننه : ١٠٥/٢ ، ١٠٦ ، قال الدارقطنى بعد أن روى الحديث : « ومحمد بن عطاء هذا مجهول » ا . هـ .

والبيهقى فى سننه : ١٣٩/٤ .

والحاكم فى المستدرك : ٣٨٩/١ ، وقال : هذا حديث صحيح على شرط الشيخين ولم يخرجاه ، ووافقه الذهبى .

(٣) انظر : سنن الدارقطنى :١٠٥/٢ ، فى باب : « ما أدى زكاته فليس بكنز » .

ورواه أيضاً أبو داود فى سننه : ٢١٢/٢ مع المعالم ، فى باب « الكنز ما هو ؟ وزكاة الحلى » .

والحاكم فى المستدرك : ٣٩٠/١ ، وقال : هذا حديث صحيح على شرط البخارى ولم يخرجاه ، ووافقه الذهبى .

وروى الشعبى قال : سمعتُ فاطمة [1] بنت قيس قالت : « أتيتُ رسول الله ﷺ بطوق [2] فيه سبعون مثقالاً من ذهب ، قلتُ : يا رسول الله ، خذ منه الفريضة ، فأخذ منه مثقالاً وثلاثة أرباع مثقال » [3] .

وفى رواية أخرى عن الشعبى عن فاطمة بنت قيس أن النبى عليه السلام قال : « فى الحلى الزكاة » [4] .

وروى حماد عن [5] إبراهيم عن علقمة عن عبد الله بن مسعود قال : « قلتُ للنبى ﷺ إن لامرأتى حُلِياً من عشرين مثقالاً ، قال : فأدِّ زكاته نصف مثقال » [6] .

ونحن نقول : هذه الأخبار ضعيفة فى الإسناد :

فالخبر الأول : رواه عمرو [7] بن شعيب ، والحسين [8] المعلم ،

---

(١) فاطمة بنت قيس بن خالد الفهرية ، أخت الضحاك ، صحابية مشهورة وكانت من المهاجرات الأول ، روى لها الجماعة . انظر : التقريب : ص ٤٧١ .

(٢) الطوق : معروف ، والجمع أطواق ، وطوق كل شئ ما استدار به .
(المصباح المنير - مادة : طوق) .

(٣) رواه الدارقطنى فى سننه : ٢/١٠٦ ، ١٠٧ .

(٤) رواه الدارقطنى فى سننه : ٢/١٠٧ .

(٥) فى المخطوط : « ابن » والتصويب من سنن الدارقطنى .

(٦) رواه الدارقطنى فى سننه : ٢/١٠٨ .

(٧) عمرو بن شعيب بن محمد بن عبد الله بن عمرو بن العاص ، صدوق من الخامسة ، مات سنة ١١٨ هـ . روى له أصحاب السنن الأربعة ، وروى له البخارى فى جزء القراءة ، انظر : التقريب ص ٢٦٠ .

(٨) الحسين المعلم هو ابن ذكوان المكتب العَوْذى - بفتح المهملة وسكون الواو بعدها=

وابن ربيعة ، والمثنى بن الصباح [١] ، والحجاج بن أرطأة [٢] ، وهؤلاء كلهم ضعفاء فى الرواية .

والخبر الثانى : رواه محمد [٣] بن عطاء عن عبد اللّه بن شداد ، قال الدارقطنى : « ومحمد بن عطاء هذا مجهول » [٤] .

والخبر الثالث : رواه أبو حميد [٥] الحمصى عن عثمان [٦] بن سعيد

= معجمة ، البصرى ، ثقة ربما وَهِمَ ، من السادسة ، مات سنة ١٤٥ هـ . روى له أصحاب الكتب الستة ، انظر : التقريب ص ٧٣ .

رواه أبو داود عن عمرو بن شعيب عن حسين المعلم .

(١) حديث المثنى بن الصباح رواه الترمذى فى سننه وقد سبق الإشارة إليه .

(٢) حديث الحجاج بن أرطأة رواه الدارقطنى : ١٠٨/٢ .

(٣) محمد بن عمرو بن عطاء القرشى العامرى المدنى ، ثقة ، من الثالثة ، مات فى حدود العشرين ، ووَهِمَ مَنْ قال : إن القطان تكلم فيه أو إنه خَرَجَ مع محمد بن عبد اللّه بن حسن فإن ذاك هو ابن عمرو بن علقمة ، روى له أصحاب الكتب الستة ، انظر : التقريب ص ٣١٣ .

(٤) انظر سنن الدارقطنى : ١٠٦/٢ .

وقال البيهقى فى السنن (١٤٠/٤) : هو محمد بن عمرو بن عطاء ، معروف .

ونقل الزيلعى عن البيهقى فى نصب الراية (٢:٣٧١) قوله : « لكنه لما نُسِبَ إلى جده ظَنّ الدارقطنى أنه مجهول ، وليس كذلك » ا . هـ (٣٧١/٢) .

وصرح الحاكم فى المستدرك (٣٨٩/١) : « إنه محمد بن عمرو بن عطاء » .

انظر ترجمته فى الحاشية السابقة .

(٥) أبو حميد الحمصى - أحمد بن محمد بن المغيرة بن سنان الأزدى الحمصى ، صدوق ، من الحادية عشرة ، مات سنة ٢٦٤ هـ .

روى له النسائى فى سننه . انظر : التقريب ص ١٦ .

(٦) عثمان بن سعيد الحمصى ، ثقة عابد ، من التاسعة ، مات سنة ٢٠٩ هـ .

روى له أبو داود والنسائى وابن ماجه ، انظر : التقريب ص ٢٣٣ .

الحمصى عن محمد بن مهاجر [١] عن ثابت [٢] بن عجلان ، وهذا إسناد مظلم ، وأكثر الرواة ضعفاء مجاهيل .

والخبر الرابع : رواه أبو بكر الهذلى [٣] عن شعيب [٤] بن الحبحاب عن الشعبى ، وأبو بكر الهذلى متروك لا يحتج بحديثه [٥] .

والخبر الخامس : رواه صالح بن عمرو عن أبى حمزة [٦] ميمون عن الشعبى .

---

(١) محمد بن مهاجر الأنصارى الشامى ، أخو عمرو ، ثقة من السابعة ، مات سنة ١٧٠ هـ ، روى له مسلم وأصحاب السنن والبخارى فى الأدب المفرد . انظر : التقريب ص ٣٢٠ .

(٢) ثابت بن عجلان الأنصارى أبو عبد الله الحمصى نزل أرمينية ، صدوق من الخامسة ، روى له البخارى وأبو داود والنسائى وابن ماجه .

(انظر : التقريب ص ٥٠) .

رواه بهذا الإسناد الدارقطنى فى سننه : ١٠٥/٢ .

(٣) أبو بكر الهذلى ، قيل : اسمه سُلمى بن عبد الله ، وقيل : روح ، أخبارى متروك الحديث – من السادسة – مات سنة ١٦٧ هـ . روى له ابن ماجه . (انظر : التقريب ص ٣٩٧ ، المجروحين لابن أبى حاتم : ٣٥٩/١) .

(٤) شعيب بن الحبحاب الأزدى ، مولاهم أبو صالح البصرى ، ثقة ، من الرابعة ، مات سنة ١٣١ هـ ، روى له البخارى ومسلم وأبو داود والترمذى والنسائى . (انظر التقريب ص ١٤٦) .

(٥) انظر : التقريب ص ٣٩٧ ، سنن الدارقطنى : ١٠٧/٢ ، والتلخيص الحبير : ١٧٦/٢ .

(٦) ميمون أبو حمزة الأعور القصاب ، مشهور بكنيته ، ضعيف ، من السادسة ، روى له الترمذى وابن ماجه (انظر : التقريب ص ٣٥٤) .

قال الدارقطنى : أبو حمزة هذا ضعيف الحديث [1] .

والخبر السادس : رواه عن حماد : يحيى [2] بن أبى أنيسة .

قال الدارقطنى : يحيى بن أبى أنيسة ، متروك الإسناد ، وَهِمَ ، والصواب أنه مرسل موقوف [3] .

وإذا ضعفت الأخبار من هذا الوجه فنصير إلى المعنى فنقول : مال مصروف عن جهة النماء إلى ابتذال مباح فلم تجب فيه الزكاة .

دليله : مال التجارة إذا جعلها للبذلة .

وتحقيقه : أن نقول : فَقَدَ محل الزكاة فلا تجب فيه الزكاة .

والدليل على أنه فَقَدَ محل الزكاة أن محل الزكاة هو المال النامى ، لأنها واجبة بوصف اليسر ، وعلى جهة المواساة ولا يتحقق هذا الوصف وهذه الجهة إلا أن يكون المال مالاً نامياً ، ولهذا المعنى لا تجب الزكاة ، فيما دون النصاب ، ولهذا يُشترط الحَوْل ، لأن المال إنما يكثر ببلوغه نصاباً ، والنماء يُطلب فى المال الكثير ، والحَوْل مشروط لتحقيق النماء .

وإذا ثبت هذا الأصل فنقول :

وصف النماء فى الذهب والفضة بالتقلب والتصرف فإن هذه الجهة جهة منمية مثل التجارة فى سائر الأموال ، ولما اتخذ الحلى من الذهب والفضة

---

(١) قاله الدارقطنى فى السنن : ٢/١٠٧ .

(٢) يحيى بن أبى أنيسة - بنون ومهملة مصغر - أبو زيد الجزرى ، ضعيف من السادسة ، مات سنة ١٤٦ هـ .

روى له ابن ماجه ، انظر : التقريب ص ٣٧٣ .

(٣) قاله الدارقطنى فى سننه : ٢/١٠٨ .

فقد فاتت هذه الجهة ، لأنه جعله ليلبسه ويتحلى به ويتزين به مثل ثوب يجعله للبسه وللتجمل به عند الناس ، وهذه جهة صحيحة مطلقة شرعاً مثل اللبس فى الثياب فيفوت بها جهة النماء ، لأن التقلب والتصرف لا يكون إلا بإخراجه عن يده ، واللبس والتحلى لا يكون إلا بإمساكه فى يده فحصلت مضادة ومنافاة بين الجهتين ، ولم يُتصور اجتماعهما ، فإذا تحقق الثانى فات الأول قطعاً ، وإذا فات سقطت الزكاة لفوات محلها على ما سبق فهذا الذى قلناه معتمد المسألة ، وسنبين كلامهم عليه ، والجواب عنه ، ويمكن أن يقال فى الابتداء أن الحلى مشغول بحاجته ، والزكاة لا تجب إلا فى المال الذى يفضل عن حاجته مثل ثياب اللبس والعبيد للخدمة ، والدواب للركوب ، وهذا الكلام يصلح تقريراً للأول والاعتماد على الأول .

وأما حُجّتهم :

قالوا : (الزكاة حكم شرعى يتعلق بالذهب والفضة فيتعلق بالحلى . دليله : الربا)[1] .

ودليل تعلقها بالذهب والفضة أنها تجب بملك العين من غير شرط زائد ، بدليل وجوبها فى التبر والسبائك والدراهم المعدة للإنفاق .

والحرف أن الزكاة تجب فى الذهب والفضة كيف ملكها وعلى أىّ جهة أمسكها فصارت متعلقة بنفس المِلْك من غير اعتبار معنى زائد عليه ، فثبت أنه حكم متعلق بعينها مثل الربا سواء .

وقد قال بعضهم : إن الذهب والفضة مال التجارة بعينها لأنهما خُلِقا لذلك فبقيا مالين للتجارة ببقاء عينهما ، والزكاة واجبة فى مال التجارة .

---

(١) ما بين القوسين نقلاً من الأسرار : ورقة ١٨٢/ب (شهيد على) .

والدليل على أنهما خُلِقا للتجارة أنهما خُلِقا للتقلب والتصرف والتوصل بهما إلى الفوائد المالية ، وهذا هو التجارة .

قالوا : وأما قولكم : « إنه فاتت جهة النماء باتخاذ الحلى » .

فليس كذلك ، لأنهما لما خُلِقا للتجارة فلم يفت ذلك بفعل من العباد .

وتحقيقه : أن الذهب والفضة صارا للتجارة بعينهما وعينهما باقى .

وربما يقولون : صارا للتجارة لقبولهما جهة التقلب والتصرف ، وهذا المعنى قائم / بعد اتخاذ الحلى للتجارة ، وهذا لأن التزين والتحلى بالذهب والفضة ليس بمضادٍ لجهة التجارة بالوجه الذى قدَّمنا .

٤٨/ب

قالوا : وخرج على هذا عروض التجارة ، لأنها صارت للتجارة بمعنى عارض وقد تُرِك ذلك العارض فخرجت عن جهة التجارة ، أما ههنا إنما صار هذا المال مال التجارة لا مال بعارض بل بعينه وباتخاذ الحلى ما فاتت العين فبقى مالاً للتجارة .

يبيِّنه : أن نهاية ما فى الباب أن الحلى يعدّ للإمساك فإذا لم يكن صار الذهب والفضة للتجارة بالإعداد للتقلب والتصرف ، والإعداد للتقلب والتصرف لا يفوت بالإمساك .

ألا ترى أنه لو لم يعدّه للتقلب والتصرف بل أعدّه للنفقة أو دفنه فى موضع ليكون ذخيرة له وجبت الزكاة ، بل صار للتجارة بمجرد وجود العين ، فكذلك ههنا بالإعداد والإمساك للتحلى والتزين لا يخرج عن كونه مال التجارة وهذا فصل معتمد .

قالوا : ولأن التحلى والتزين جهة دون جهة التقلب والتصرف لأن التقلب والتصرف بهما قيام المعاملات وبالمعاملات بقاء العالَم .

وأما التحلى والتزين فلا يتعلق به القوام إنما هو من فضول الحاجات ،

فإذا ثبت أن هذه الجهة دون تلك الجهة ، فالشئ لا يرتفع بما دونه كما لا يُنسخ الكتاب والسُنَّة المتواترة بخبر الواحد .

قالوا : وبهذا فارق عروض التجارة إذا جعلها للبذلة والمهنة ، لأنه جهة مثل جهة الأولى ، لأن القوام متعلق بالجهتين فاستويا فجاز أن ترتفع الأولى بجهة مثلها ، وعلى هذا خرجت الجواهر إذا اتجر فيها حيث تصير للتجارة ، لأنها خُلقت لجهة التزين ، وإذا صرفها إلى جهة التجارة فقد صرفها إلى جهة فوقها فجاز أن ترتفع الأولى بها .

وقد تعلّق كثير منهم بالحلى إذا كانت للرجال ، فإن الزكاة فيها واجبة بالاتفاق .

قالوا : ولا يجوز أن يقال إن هذه الجهة محظورة على الرجال ، لأن الصرف عن جهة النماء إذا حصل سقط الزكاة سواء أكان بجهة محظورة أو بجهة مباحة .

ألا ترى أن السائمة من الإبل إذا علّفها بعلف مغصوب سقطت زكاتها ، وكذلك ثياب التجارة من الحرير إذا اتخذها الرجل للبسه سقطت زكوتها ، وكذلك البقر السائمة إذا جعلها عوامل لنقل الخمر فإنه تسقط زكاتها .

الجواب :

أما قولهم : « إن الزكاة تتعلق بعَيْن الذهب والفضة » .

قلنا : إن عنيتم أنها تعلّقت بعينهما لا لمعنىً ، فلا نسلّم ، وإن عنيتم لمعنىً فمسلّم ، وهذا كالسوائم تتعلق الزكاة بأعيانها لمعنىً ، كذلك ههنا .

فإن قالوا : « فأيش ذلك المعنى » .

قلنا : وصف النماء وقد فات فى مسألتنا على ما سبق .

وأما الربا يتعلق بعينهما بنص الشارع وعينهما باقى .

قالوا : « إن عندكم عِلّة الربا الثمنية وقد زالت باتخاذ الحلى » .

قلنا : نحن نقول إن جريان الربا حكم متعلق بعين الذهب والفضة ، وأما العِلّة بالثمنية لم يكن لأنه غير متعلق بعين الذهب والفضة بل لمنع إلحاق غير الذهب والفضة بالذهب والفضة .

وقد قال بعض أصحابنا : إن العِلّة كونهما جوهرى الأثمان وهذا المعنى باقى بعد الصنعة .

ومنهم مَنْ قال : : إن لم يبق حقيقة الثمنية بعد صنعة الحلى فقد بقيت شبهة الثمنية ، والتحريم يثبت بشبهة الربا ، وأما الزكاة لا تجب بشبهة النماء بل تجب بحقيقة النماء .

وأما قولهم : « إن وصف النماء أو صفة التجارة قائمة بعد صنعة الحلى » .

قلنا : قد دلّلنا على الفوات ثم يتبيّن وجه ذلك على ما يمكن الاعتماد عليه فنقول : إن اللّه تعالى خلق الذهب والفضة لمنافع العباد فكل منفعة يجوز حصولها من الذهب والفضة ، فهما مخلوقان لذلك ، فعلى هذا خلق اللّه تعالى الذهب والفضة لمنفعة التقلب والتصرف ، ولمنفعة التحلى والتزين وغير ذلك ، إلا أن فى الابتداء تعين جهة التقلب والتصرف ويُجعل الذهب والفضة كأنهما خُلقا لذلك ، لأن هذه المنفعة أعم من منفعة التحلى والتزين .

ألا ترى أنها تعم الرجال والنساء ، ومنفعة التحلى والتزين تختص بالنساء ، وإنما يجوز للرجال فى الفضة على الخصوص فى شئ معيّن من خاتم وما يشبهه ، وهو شئ يسير لا يقع الالتفات إليه فتعيّن جهة التجارة بهذا الرجحان ، إلا أنه مع ذلك يقبل أن يجعل للمنفعة الأخرى ، ويصرف

إليها بعارضٍ من صنعة مباحة مشروعة لذلك النوع من المنفعة على الخصوص ، فإذا صرف وصنع انصرف عن تلك الجهة إلى هذه الجهة ، وفات صفة النماء ، وهى شرط وجوب الزكاة فسقطت لفقدان شرطها ، وهذا كالثياب والدواب خُلِقت لمنافع فيها ، وتعيَّنت فى الابتداء لجهة البذلة بنوع دليل ثم إذا صرفها عنها بفعل التجارة انصرف ووجبت الزكاة ، فإذا عرفنا هذا الأصل فيخرج عليه ما ذكروا من المعنى ، وما تعلَّقوا به من الأحكام .

٤٩/أ

وأما قولهم : « إن جهة التجارة / تبقى بعد صنعة الحلى » .

قلنا : جهة التجارة وجهة البذلة جهتان مختلفتان ، والشرع قد علّق بكل جهة حكماً يخالف الجهة الأخرى ، ولا يجوز أن يُحكم باجتماعهما ، بل إذا ثبتت إحداهما انتفت الأخرى ، كما لو جعل ثياب البذلة للتجارة .

وقولهم : « إنه تصوّر فيه التقلب والتصرف بعد اتخاذه حلياً » .

قلنا : هذا كَمَنْ يقول إن الثياب والدواب يُتصوّر فيهما اللبس والركوب بعد جعلهما للتجارة ، ثم ذلك الزعم باطل ، كذلك ههنا ، وعلى أنَّا بيَّنا وجود ضدية ومنافاة بين الجنسين محسوساً ومشروعاً .

وأما قولهم : « إنه صار للتجارة بعينه من غير اعتبار معنى وراء العين » .

قلنا : بلى ، ولكن بنوع دليل مرجِّح لهذه الجهة على غيرها مع قبول العين جعلها مشروعاً ومحسوساً لجهة أخرى ، فإذا جعل لتلك الجهة وصرف عن هذه الجهة صار لها ، وفاتت هذه الجهة مثل الثياب والدواب .

وأما قولهم : « إن جهة التحلى والتزين دون جهة التجارة » .

قلنا : وجهة التجارة دون جهة اللبس والأكل والشرب فى الدواب والثياب ، لأن قوام الحياة يتعلق بعين هذه الأشياء .

وأما التجارة فلا يتعلق قوام الحياة بها ، إنما هى طريق التوصل إلى ما يتعلق به القوام فيكون دون الأول قطعاً ، ومع ذلك ينصرف إليها بالصرف ، وعلى أن جهة التحلى والتزين جهة مقصودة مطلوبة بدليل قوله تعالى : ﴿ وَالْخَيْلَ وَالبِغَالَ وَالحَمِيرَ لِتَرْكَبُوهَا وَزِينَةً ﴾ (١) .

فقد أخبر أنه خلقهما لهذين وجعلهما بمنزلةٍ واحدة ، ولأنه تعالى خلق الجواهر سوى الفضة والذهب فى الابتداء للتحلى والتزين وإن قبل الانصراف عنه على غيره مثل ما خلق الذهب والفضة فى الابتداء للتجارة ، وقبل الانصراف إلى غيره ، فاستويا منفعة التجارة ومنفعة التزين من هذا الوجه ، لأن ما يفوته الإنسان باختياره لا يفرق بين أن يفوته إلى شئ مثله أو فوقه أو دونه مثل الاعتياض عن المالية فى الأشياء يجوز أن ينقل إلى ما هو مثله أو فوقه أو دونه .

أما المسائل التى تعلّقوا بها فنقول :

إذا عُرِف الأصل الذى ذكرنا سهل التخريج عليها ، لأن جهة التجارة إنما تفوت وتزول بفعل محقق للصرف والإزالة ، وذلك لا يوجد إلا بعد اتخاذه حُلّياً بالصنعة المعروفة ، ولا يوجد هذا لا بالسبك ولا بإعداده للنفقة ، ونيِّة الإنفاق لا يُلتفت إليها ، لأنه لم يكن للتجارة بالنيِّة حتى تفوت بنيِّة أخرى ، وإنما كان ببقائه على أصل الخِلْقة من غير أن يوجد عارض صنعة مغيّرة ، وفى الذهب والفضة المضروبة إن وجد عارض صنعة ، فإنما وجد عارض صنعة محققة لجهة التجارة لا عارض صنعة مغيّرة مفوِّتة بخلاف صنعة الحلى على ما سبق .

---

(١) سورة النحل : جزء من آية ٨ .

وأما الحلى للرجال فالصرف لم يوجد لحظرية الصنعة فكأن الشرع لحظرية الصنعة جعل الصنعة كالمعدومة ، وصار كأنها باقية على الجهة التى كانت عليها من قبل .

وأما المسائل التى أوردوها على هذا العذر :

ليس يلزم ، لأن تلك الأفعال وإن كانت محظورة لكن تضمنت ترك جهة التجارة ، أو جهة السوم ، فلذلك سقطت الزكاة ، وهذا الترك لا يوصف بالحظر والحرمة ، وقد كانت جهة السوم والتجارة بفعله فتزول بتركه .

وههنا أيضاً يمكن أن يقال إنه باتخاذ الحلى وإن كان محظوراً ترك جهة التجارة لكن لم تكن جهة التجارة بفعله حتى يزول بتركه ، بل كان بنوع دليل قام عليه من الشرع فينصرف عنها بشرع مثله وقد صرفه عنها بشرع صحيح ، وابتذالٍ مشروع وصنعة مباحة مطلقة فانصرف وسقط الوجوب . والله أعلم .



(مسألة)

وجوب الخراج لا ينفى وجوب العُشر فى الخارج من الأراضى الخارجية عندنا [١] .

وعندهم : لا يجتمع الخراج والعُشر [٢] .

لنا :

إن العُشر واجب فى الخارج فما يجب بسبب الأرض لا ينفيه ، لأن الواجب فى مال لا ينتفى بواجب فى مال آخر .

والدليل على أن العُشر واجب فى الخارج ، أن الواجب عُشر الخارج فيكون واجباً بملك الخارج وبسببه ، مثل زكاة الذهب والفضة لما كان الواجب رُبع العُشر كان واجباً بملك الذهب والفضة وبسببهما ، لأنه يكثر بكثرة الخارج ويقل بقلّته ، وأيضاً يختلف باختلاف أجناس الخارج والأرض واحدة غير مختلفة ، فثبت أن العُشر واجب فى الخارج .

وأما الخراج مؤنة الأرض ، بدليل أنه يجب بملك الأرض ، وإن لم يكن زرع بعد أن تمكن من الزرع ، وأما العُشر لا يجب بحال إلا بوجود الزرع

---

(١) المجموع ٤٥٤/٥ ، المهذب : ٢١٣/١ .

وهو قول جمهور العلماء ، قال النووى فى المجموع نقلاً عن ابن المنذر قوله : « وهو قول أكثر العلماء وممن قال به عمر بن عبد العزيز ، وربيعة ، والزهرى ، ويحيى الأنصارى ، ومالك ، والأوزاعى ، والثورى ، والحسن بن صالح ، وابن أبى ليلى ، والليث ، وابن المبارك ، وأحمد ، وإسحاق ، وأبو عبيدة ، وداود » ا.هـ . (انظر المجموع : ٤٥٤/٥) .

(٢) الأسرار : ورقة ٢٣٩/أ ، المبسوط : ٢٠٧/٢ ، البدائع : ٩٣٣/٢ .

وصار الخراج بمنزلة كراء الحانوت ، وصار زكاة العُشر بمنزلة زكاة المال الذى يتجر فيه على الحانوت ثم هنالك جاز اجتماع وجوبهما ، كذلك فى مسألتنا.

وقد قال الأصحاب : حقان اختلفا سبباً ومحلاً ومصرفاً وصفةً فاجتمع وجوبهما فالسبب قد ذكرنا ، والمحل محلين : أحدهما دراهم فى الذمة ، والآخر عُشر العين ، وأما الصفة فلأن أحدهما عبادة ، والآخر مؤنة ، وأما المصرف فلأن / أحدهما يُصرف إلى أهل السهمان ، والآخر إلى المقاتلة . ٤٩/ب

وأما حُجَّتهم :

تعلقوا بحديث رووا عن أبى حنيفة عن حماد عن [١] إبراهيم عن علقمة عن عبد اللّه بن مسعود أن النبى عليه السلام قال : « لا يجتمع العُشر والخراج فى أرض مسلم » [٢] . وهو نص لأن الخراج وظيفة الأرض ،

---

(١) فى المخطوط : « ابن » ، والتصويب من الكامل لابن عدى : ٢٧٠٩/٧ .

(٢) هذا الحديث استدل به الدبوسى فى أسراره : ورقة ٢٤٠/ب (شهيد على) ، وقد رواه ابن عدى فى الكامل : ٢٧٠٩/٧ .

وقال بعد ذلك : « هذا الحديث لا يرويه غير يحيى بن عنبسة بهذا الإسناد عن أبى حنيفة وإنما يروى هذا من قول إبراهيم ، ويحكيه أبو حنيفة عن حماد عن إبراهيم من قوله ، وهو مذهب أبى حنيفة ، وجاء يحيى بن عنبسة فرواه عن أبى حنيفة فأوصله إلى النبى ﷺ وأبطل فيه ، .... ثم قال : « ويحيى بن عنبسة هذا مكشوف الأمر فى ضعفه لرواياته عن الثقات والموضوعات » ا.هـ (الكامل : ٢٧١٠/٧) .

وانظر : تخريجه فى نصب الراية : ٤٤٢/٣ .

ورواه البيهقى فى سننه وقال : « هو حديث باطل ويحيى هذا متهم بالوضع » (انظر السنن : ١٣٢/٤).

وقد ذكره ابن حبان فى كتابه المجروحين : ١٢٤/٣ .

وذكره ابن حجر فى لسان الميزان (٢٧٢/٦) عند ترجمة يحيى بن عنبسة .

كذلك العُشر بدليل أنه يقال : أرض عشرية وأرض خراجية ، والإضافة المطلقة فى الشرع دليل السببية [١] .

دليله : سائر المواضع فلما أضيف كل واحد من العُشر والخراج إلى الأرض دلَّ أنها سبب وجوبهما ، ولأن الأرض مال نامى فلا يخلو عن واجب .

دليله : سائر الأموال النامية .

وأما الزرع ليست بمال النماء ، لأن العروض والحبوب إنما يصير مال النماء بالتجارة ، والحبوب فى هذه المواضع ليست بمال التجارة .

يبيِّنه : أن النامى ما يراد بقاءه فى ملكه ، وطلب النماء منه ، والأرض بهذا الوصف ، فأما الزرع فلا يُراد للبقاء ، فإنه مطلوب فى العادة من الأراضى للقوت ، والتقوت جهة مثوبة لا جهة مبقية ، فثبت أن العُشر وظيفة الأرض مثل الخراج إلا أن الخراج دراهم فى الذمة فإذا ملك الأرض وتمكن من زراعتها وجب .

وأما العُشر مقدَّر من الخراج فما لم يوجد الخارج لا يمكن إيجابه ، ولهذا افترقا فى هذه الصورة وهذا الإفتراق لا يدل على اختلاف السبب ، ألا ترى أن الأجر للأجير الواحد ، والأجير المشترك فى مقابلة العمل ، وإن كان أحدهما لا يجب إلا بالعمل والأجر يجب بتسليم النفس وإن لم يوجد العمل ، وأما اختلاف مصرفهما جاء من حيث أن أحدهما مشتمل على معنى العبادة وهو العُشر ، والأجر محض مؤنة فصرف العُشر إلى أهل السهمان والخراج إلى المُقَاتِلة ، وهذا الاختلاف لا يمنع إتجاه السبب .

---

(١) الأسرار : ورقة ٢٣٩/أ (شهيد على) .

ولأن الدليل قد قام أن ملك الأرض صالح لإيجاب كل واحد منهما ، أما العُشر فدليل وجوبه مِلك المال النامي ، والأرض مال نامي ، وأما الخراج فلأن الأرض قطعة من دار الإسلام لا يمكن حفظها إلا بحماية الإمام كما لا يمكن حفظ جميع دار الإسلام إلا بحمايته ، والحماية تكون بجندٍ ومقاتلةٍ ، ولا بد لهم من رزق يعيشون به فوجب الخراج بوصف أنه مؤنة الأرض ووجب لِمَنْ يوجد منهم حماية الأرض ، واستدلوا فى أن العُشر واجب بسبب الأرض لا بملك الخارج أنه لو اجتنى الثمار من المواضع التى لا تملك وبلغ نصاباً لا يجب فيه العُشر مع وجود الثمر لعدم الأرض ، وكذلك النخيل التى فى داره المملوكة لا يجب العُشر فى ثمارها لعدم الأرض الخراجية أو العُشرية .

الجواب :

أما الخبر فلم يثبت ، ولئن ثبت لقلنا به .

وقد قيل : رواه يحيى [1] بن عنبسة عن أبى حنيفة ، ويحيى بن عنبسة ، متروك .

وكيف يثبت هذا الخبر ؟ وقد تفرد بإسقاط العُشر بسبب الخراج أبو حنيفة رحمة الله عليه من بين أهل العلم ، ولم يوافقه عليه أحد من الأئمة سوى أصحابه الذين درجوا على قوله ونسجوا على منواله .

ونقل ابن المنذر فى كتاب « الإختلاف » عن جملة أهل العلم شرقاً وغرباً

---

(١) يحيى بن عنبسة القرشى ، عن حميد الطويل ، قال ابن حبان : دجال وضاع . وقال ابن عدى : منكر الحديث مكشوف الأمر ، وقال الدارقطنى : « دجال يضع الحديث » ا.هـ . لسان الميزان : ٦/٢٧٢ ، الكامل لابن عدى : ٧/٢٧٠٩ ، المجروحين لابن حبان البستى : ٣/١٢٤ .

إيجاب العُشر مع الخراج ، وقال : وقد قالت طائفة قليلة عددها شاذ قولها بخروجه عن أقوال أهل العلم أنه لا عُشر مع الخراج [1] وذكر أصحاب الرأى ، ونُقِل عن ابن المبارك أنه ذُكِرَ له قول أبى حنيفة رضى اللّٰه عنه فى هذه المسألة فقال : لا يُترك كتاب اللّٰه وسُنَّة رسوله بقول أبى حنيفة رضى اللّٰه عنه ، فجاء مما ذكرنا أنه لو صح ذلك الخبر لم يخف على أهل العلم من الأئمة ، ولو عرفوا ذلك لم يخالفوه ، فدل أن الخبر موضوع لا يُلتفت إليه .

وأما المعنى :

قولهم : « إن العُشر وظيفة الأرض » .

لا نسلّم ، بل هو زكاة الخارج .

وأما قولهم : « إنه مضاف إلى الأرض » .

قلنا : ويضاف إلى الزرع فيقال : عُشر الزرع ، ولعل هذه الإضافة أشهر وأظهر فتكون بالاعتبار أولى ، ثم يجوز أن تكون الإضافة التى تعلقوا بها على طريق التوسع والمجاز .

ومعنى قولهم : « أرض عُشرية » .

أى أرض يجب العُشر فى الخارج منها .

وأما قولهم : « إن الأرض مال نامى » .

قلنا : هذا غلط قبيح ، لأن الزرع ليست بنماء الأرض ، وإنما هى نماء البذر ، ولهذا يكون لصاحب البذر لا لصاحب الأرض ، ولأن نماء كل شئ

---

(١) كلام ابن المنذر هذا نقله المنبجى فى اللباب : ٣٩٣/١ .

من جنسه فلا يُتصور نماء الأرض بالزرع ، نعم يحصل من الأرض قوة فى نماء البذر ، فأما أن يكون نماء الأرض فمطمع محال ، وهذا كالحاضنة للولد تكون منها قوة فى تربية الولد ، وأما الولد فهو ولد أبيه وأمه .

وأما قولهم : « إن الزرع ليس بمال النماء » .

قلنا : هو نفس النماء فيكون الإيجاب فيه أولى ، وهذا كالسخال تجب فيها الزكاة بالإجماع ، وإن لم يكن مالاً نامياً ، لأنها نفس النماء ، وأما عذرهم عن فصل الذى ألزمناهم وهو إذا مَلَكَ الأرض ولم يزرع ، وقد تمكن منه لا يجب العُشر .

وقولهم : « إنه لا يمكن الإيجاب ، لأن العُشر مقدَّر بجزء من الخارج / ٥٠/أ فلا يجب بدون الخارج » .

قلنا : وجب أن يجب ، ويقدر وجود الخارج ، وهذا مثل ما قلتم إن المكرى يجب العُشر عليه وإن لم يجب بملك الخارج وقدر ملكه له ، والحرف فى هذا أنه يستحيل مِلْك المال النامى ويخلو عن وجوب الحق إلى أن توجد حقيقة النماء بل مِلْك المال النامى سبب صالحٍ تامٍ فى وجوب الحق المسمى سواء وجد حقيقة النماء أو لم توجد بدليل السوائم وعروض التجارة .

وأما الأخير الذى قالوه وهو : « إذا اجتنى الثمار من الأراضى التى هى غير مملوكة » .

قلنا : إنما وجب العُشر فى الخارج بعلَّة أنه نماء ملكه فإذا وجب فى المال النامى فلأن يجب فى نفس النماء أولى ، وهذا لا يوجد فيما صوّروه ، لأن ذلك ليس بنماء ملكه ، والمسألة الأخيرة ممنوعة . والله أعلم .

* * *

(مسألة)

نصيب العامل من الربح الحاصل فى مال القِراض لا تجب فيه الزكاة عندنا[1] .

وعندهم : تجب [2] وهو أحد قولى الشافعى [3] رضى اللّه عنه .

والمسألة بناء على أن العامل هل يملك نصيبه بنفس ظهور الربح ؟

عندنا : لا يملك ما لم يقسم ، وعندهم يملك .

لنا :

إن المسمى للعامل عمالة فلا يملك قبل القبض ، دليله : المسمى لعامل الصدقات ، والأولى أن نقول : جُعل على العمل فلا يملكه قبل تمام العمل .

دليله : الجُعل فى الجُعالات ، والدليل على أنه جُعل أن تصحيح العقد بوجه الإجارة لا يجوز ، لأن العمل مجهول ، والإجارة على العمل المجهول باطل ، ولا يمكن تصحيحه بجهة الشركة ، لأن اختلاف الجنس من الجانبين يمنع صحة الشركة .

وقد اختلف الجنس من الجانبين فى القِراض ، لأن فى أحد الجانبين مال وفى الجانب الآخر عمل ، ولا مجانسة بين المال والعمل ، وإذا بطل هذان

---

(١) حلية العلماء : ٣/٩٤ ، وعبَّر عنه الشاشى فى الحلية بالأظهر ، النكت : ورقة ٨٢/ب .

(٢) الأسرار : ورقة ٣٠٢/أ (شهيد على) ، المبسوط : ٢/٢٠٤ .

(٣) حلية العلماء : ٣/٩٤ ، النكت : ورقة ٨٢/ب .

الوجهان لم يبق للصحة وجه إلاّ جهة الجُعالات ، وحكم الجُعالة أن لا يملك الجعل فيها إلا بتمام العمل ، وتمام العمل بالقسمة وإيصال حق رب المال على الكمال إليه .

ويستدل بمسألة على أصولهم قالوا : لو اشترى برأس المال عبدين وقيمة كل واحد بقدر رأس المال ، فإن العامل لا يملك شيئاً من العبدين حتى لا تجب فيه الزكاة ، ولا يعتق نصيبه إذا أعتق ، فكذلك إذا كان العبد واحداً ، لأن الصورتين فى المعنى واحد .

وأما حُجّتهم :

قالوا : العامل أحد الشريكين فى الربح فيملك نصيبه بنفس الظهور .

دليله : رب المال (والدليل على أنهما شريكان ، أنهما يملكان شرط واحد وهو قوله : « على أن ما رزق اللّه تعالى فهو بيننا نصفان » .

ولأن الربع تفرّع عن أصل مشترك بينهما ، فيكون مشتركاً بينهما كالحاصل بين شريكى العنان وكالشريكين فى الشجرة إذا أثمرت تكون الثمرة مشتركة بينهما ، وإنما قلنا : « إنه تفرع عن أصل مشترك بينهما » ، لأن عقد المضاربة صحيح بالإجماع ، وإنما صح على جهة ثبوت الشركة بين رأس المال والعمل ، وتولد الربح منهما جميعاً فإن رأس المال دراهم ولا يتولد منها ربح بدون التصرف ، والتصرف نفسه كلام ولا يتولد منه ربح بدون مال ، فإذا اجتمعا حصل الربح مثل المزارعة والمساقاة فإن الأرض بدون الزرع لا تنبت ، والزرع بدون الأرض لا عمل له ، فإذا اجتمعا

انعقدت الشركة بين منافع الأرض والعمل ثم يخرج الزرع على سبيل الشركة) [١] .

قالوا : وأما العمالة والجُعالة فباطلتان إذا كانتا بصنع من العباد (والعمالة عبارة عن كفاية العامل ليفرغ لعمله ، ومثل هذا لم نجده [٢] مشروعاً مفوَّضاً إلينا حتى نوجبها قصداً فيما نحتاج إليه من الأعمال بل هذا مما تولى اللّه إيجابها لعمل العامة ، كما أوجب الكفاية للإمام الأكبر ، والقاضى ، والمفتى ، وكل مَنْ فرَّغ نفسه لأمر من أمور الدين فقدر له كفاية من بيت مال المسلمين ، فكانت معاملة بين اللّه تعالى وبين عبده ، وما يصح من اللّه تعالى على عباده لا يشبه ما فوِّض إلينا مما يوجبه بعضنا على بعض ، فكان اعتبار القراض بما نوجبه نحن من إجارة أو شركة أولى) [٣] من اعتباره بما يوجبه اللّه تعالى مما يتولاه بنفسه .

قالوا : (وأما مسألة العبدين فإنما لم يملك العامل شيئاً منهما ، لأن ملكه إنما يكون من الربح ، ولا ربح فى هذه الصورة فإن كل واحد من العبدين مشغول برأس المال وإنما كان كذلك ، لأنه قد ثبت عندى [٤] أن العبيد لا تُقسَّم جملة ويعتبر كل عبد كأنه ليس معه غيره ، وإذا كان أمر العبد هكذا فى القسمة ، والفضل لا يحصل فضلاً إلا بعد إحراز رأس المال وتحصيله ، والمقاسمة بينه وبين الربح ، لكن على سبيل الترتيب ، ومعنى الترتيب أنه يحصل رأس المال أولاً ثم الربح ، وكل عبد وجب

---

(١) ما بين القوسين نقلاً من الأسرار مع بعض التصرف ورقة : ٢٠٣/ب .

(٢) فى المخطوط : « يجد » والتصويب من المحقق .

(٣) ما بين القوسين نقلاً من الأسرار : ورقة ٢٠٣/ب .

(٤) أى عند الدبوسى ، انظر الأسرار : ورقة ٢٠٤/أ (شهيد على) .

اعتباره فى هذا الحكم كأنه ليس معه غيره فلم يفضل شئ من العبد عن رأس المال ، وهذا بخلاف العبد الواحد ، لأنه قد فضل .

٥٠/ب وحرفهم فى هذا أن رأس المال لا يعتبر / شائعاً فى العبدين بل فى كل عبد على حدة ، وإذا جُعِل هكذا لم يحصل فضل رأس المال) [١] .

الجواب :

إن كلامه مبنى على أن القراض شركة ، وقد بيَّنا أن الشركة مع اختلاف الجنس فى رأس المال لا تنعقد ، وقد بيَّنا هذا فى كتاب « الشركة » .

وقلنا : إن الشركة لا تكون شركة إلا بالاختلاط ، ولا يُتصور الاختلاط بين المال والعمل . ونقول أيضاً : إن المال نماء المال بكل حال ، ولا يُتصور أن يكون العمل نماء ، لما بيّنا أن نماء كل شئ ما يكون من جنسه فلا يُتصوّر أن يكون المال نماء العمل ، وإنما العمل شرط ظهور الربح ، فأما أن يكون الربح متولداً من المال والعمل فكلام مستحيل ، ولا يمكن تصحيحه بوجهٍ ما ، وإذا ثبت هذا لم يكن القراض عقد شركة إنما هو تسمية جُعل للعامل فيستحق ما يستحقه عمالة أو جُعالة .

وأما قولهم : « إن الجُعالة باطلة فيما بين العباد » .

قلنا : هى صحيحة بدليل أنه لو قال : « مَنْ ردَّ آبقى فله كذا » يصح ، وإذا رد استحق ولأنهم إذا سَلّموا أنه صح شرعاً فإذا عقد العقد على وِفاق الشرع انعقد ، ولأن مثل هذا العقد يحتاج إليه العباد وذلك بأن يكون العمل مجهولاً لا يمكن إعلامه ، وإذا احتاج إليه العباد فلو لم يصح ذلك منهم أدَّى ذلك إلى الحَرَج العظيم فإذا صح سائر العقود لحاجة العباد ، فكذلك هذا العقد يصح ويجوز لحاجة العباد أيضاً .

---

(١) ما بين القوسين نقلاً من الأسرار ببعض التصرف : ورقة ٢٠٤/أ (شهيد على) .

وأما مسألة العبدين ففى نهاية اللزوم ، فإن الربح قد ظهر قطعاً ، بدليل أن العامل له المطالبة بالقسمة ، وهو بالبيع حتى لو أراد المالك أن يأخذ العبدين ويفوز بهما ولا يعطى العامل شيئاً ليس له ذلك ، بل يجبر على التمكين من البيع وقسمة الربح ، وكذلك إذا استهلك العبدين أو أعتقهما فإنه يضمن نصيب العامل .

ويدل عليه : أنه لو مات العامل يورث نصيبه من العبدين ، وأيضاً فإنه لا تجب زكاة العبدين على رب المال ، فدلت هذه المسائل أن العبدين كالعبد الواحد ، وأنه قد ظهر الربح فيهما ، ومع ذلك لم يملكه العامل ولم تجب عليه زكاته دلَّ أن المعنى ما بيّنا وبطل بهذه المسائل قوله : « إنه يُجعل كل واحد من العبدين كأنه ليس معه غيره » ، ثم هذه دعوى بلا دليل ودفع للحقيقة بلا برهان ، وبمثل هذا لا تندفع الإلزامات ، والله أعلم بالصواب .



كتاب الصوم

(مسألة)

تبييت النية واجبة فى صوم الفرض عندنا [1] .

وعندهم : ليس بواجب إذا كان الفرض فى وقت بعينه ، وإن كان لا فى وقت بعينه وجب [2] .

لنا :

حديث ابن شهاب عن سالم عن أبيه عن حفصة أن النبى ﷺ قال : « مَنْ لم يجمع الصيام قبل طلوع الفجر فلا صيام له » ذكره أبو داود فى سننه [3] .

---

(١) النكت : ورقة ٨٨/ب ، المهذب : ٢٤٣/١ ، حلية العلماء : ١٥٤/٣ ، المجموع : ٢٥٨/٦ ، الأم : ٨١/٢ .

قال الخطابى فى المعالم : « وهو قول عمر وعبد الله بن عمر ، وإليه ذهب الحسن البصرى ، وبه قال الشافعى وأحمد » ا.هـ . ٨٢٤/٢ .

المغنى : ٣٣٣/٤ ، وهو قول المالكية . انظر : الإشراف : ١٩٤/١ ، بداية المجتهد : ٢٩٣/١ ، الكافى فى فقه أهل المدينة : ٣٣٥/١ .

(٢) الأسرار : ورقة ٢٥٢/أ (شهيد على) ، مختصر القدورى : ١٧٥/١ ، مختصر الطحاوى ص ٥٣ ، المبسوط : ٥٩/٣ ، ٦٢ ، البدائع : ٩٩٣/٢ -٩٩٨ ، رؤوس المسائل ص ٢٢٣ ، مختلف الرواية : ورقة ٤٢ /ب .

(٣) انظر سنن أبى داود : ٨٢٣/٢ مع المعالم فى باب : « النية فى الصوم » وقال أبو داود : لا يصح رفعه . =

(والإجماع : إحكام النيَّة والعزيمة ، يقال : أُجمعتُ الرأى وأزمعتُه بمعنى واحد) [1] .

فإن قالوا : (إن هذا الخبر ليس بمسند ، لأن سفيان ، ومعمراً وقفاه على حفصة) [2] .

قلنا : (قد أسنده عبد اللّه بن أبى بكر بن [3] عمرو بن حزم ، وهو ثقة ، وروايات الثقات مقبولة) [4] .

ووجه الاستدلال : أن النبى ﷺ نفى الصوم إذا لم ينوه من الليل ، فيقتضى نفيه من كل وجه ، وذلك نحمله على نفى الجواز .

فإن قالوا : يوجد الصوم مع فقد النيَّة من الليل محسوساً ، فكيف ينتفى ؟

= ورواه الترمذى فى سننه : ٢٦٣/٣ مع العارضة فى باب : « لا صيام لمن لم يعزم من الليل » .

وقال الترمذى : الموقوف أصح .

وابن ماجه فى سننه : ٥٤٢/١ ، فى باب : « ما جاء فى فرض الصوم فى الليل » .
قال ابن حجر فى التلخيص : « واختلف الأئمة فى رفعه ووقفه ، فقال ابن أبى حاتم عن أبيه : ...... الوقف أشبه » ا . هـ .

وقال الترمذى فى العلل عن البخارى أنه قال : هو خطأ ، وهو حديث فيه اضطراب والصحيح عن ابن عمر أنه موقوف .

وقال أحمد : « ما له عندى ذلك الإسناد » (انتهى من التلخيص الحبير : ١٨٨/٢) .

(١) ما بين القوسين من كلام الخطابى فى معالم السنن : ٨٢٣/٢ .

(٢) ما بين القوسين من كلام الخطابى فى المعالم : ٨٢٣/٢ .

(٣) فى المخطوط : « عن » والتصويب من المعالم : ٨٢٤/٢ .

(٤) ما بين القوسين من كلام الخطابى فى معالم السنن : ٨٢٤/٢ .

قلنا : الصوم الفرض مشروعاً لا يوجد قَط مع فقد النيِّة من الليل ، ومطلق الصوم فى الشرع يُحمل على الصوم الشرعى ، لا على الصوم اللغوى ، وليس لهم تعلق صحيح من حيث الأخبار ، لأن الخبر الذى يروونه بطريق عِكرمة عن ابن عباس ، لا يُعرف .

وقيل : إنه عن عكِرمة .

والذى يروونه فى صوم عاشوراء فلم يثبت وجوب صوم عاشوراء .

وقد روى معاوية أن النبى عليه السلام قال : « صوم عاشوراء لم يُكتب عليكم ، فَمَنْ شاء صام ، ومَنْ شاء لم يصم » (1) .

وعلى أنه قد نُسِخ فصارت أحكامه منسوخة أيضاً .

وأما المعنى :

نقول : المفروض عليه صوم كل اليوم ، وقد صام بعض اليوم ولا يخرج عن المفروض عليه .

دليله : إذا نوى بعد الزوال ، والكلام مستغن عن القياس ، لأن مَنْ وجب عليه جملة شئ فيفعل بعضه لا يكون فاعلاً لكله .

يبيِّنه : أنه إذا وجب عليه صوم يوم كامل فبعض اليوم لا يتسع لصوم يوم كامل فلم يُتصور أداء الواجب عليه فى هذا الوقت الذى نواه بالصوم ،

---

(1) رواه البخارى فى صحيحه : ٢٤٤/٤ مع الفتح ، فى باب « صيام يوم عاشوراء » .

ومسلم فى صحيحه : ٨/٨ مع النووى ، فى باب « صوم يوم عاشوراء » .

والإمام مالك فى الموطأ : ٥٨/٢ مع المنتقى ، فى باب « صيام يوم عاشوراء » .

والإمام أحمد فى المسند : ٩٥/٤ .

وما لا يُتصور محسوساً لا مشروعاً إلا بدليل قاطع ، ثم إن الدليل على أنه لم يصم كل اليوم أن النيَّة شرط لأداء الصوم فإن / الصوم لا يكون صوماً إلا بالنيَّة ، والنيَّة عزيمة على الشئ فى المستقبل .

٥١/أ

وأما العزم على فعل شئ فى الماضى فلا يُعقل ، وهذا لأن ما مضى يُتأسف عليه وما يوجد فى المستقبل يُعزم عليه .

ولأن الفعل فى الزمان الماضى إذا لم يُتصور فكذلك العزم على الفعل فى الزمان الماضى لا يُتصوّر ، وهذا لا يُحتاج إلى كثير إطناب ، لأنه أمر قطعى ببدهية الرأى وأول النظر ، بل لا يُحتاج إلى نظر أصلاً .

فثبت بما قلناه أنه لم يصم كل اليوم فلا يسقط عنه المفروض عليه فى كل اليوم ، ويمكن القياس على القضاء ، وكل واجب من الصوم لا فى زمان متعيَّن .

ووجه إلحاق الأداء بالقضاء أيضاً فى غاية الوضوح ، لأن القضاء مثل الأداء من غير زيادة ولا نقصان ، ولم يُعهد الأمر بزيادة فى القضاء لا تجب فى الأداء مثل قضاء الصلاة ، والحج ، وغيرهما .

وهذا القياس بهذا التقدير وإن كان فى نهاية الحُسن غير أن المعنى الذى قلناه كافٍ وهو مستغنٍ عن كل شبه وعماد فعليه الاعتماد .

وأما حُجَّتهم :

فاعلم أن معتمدهم النفل فإنه جاز بنيَّة من النهار قبل الزوال بالإجماع [(١)] .

فمشايخهم قالوا : صوم عين فجاز أداؤه بنيَّة من النهار قبل الزوال .

---

(١) ذكر هذا الإجماع الزمخشرى فى رؤوس المسائل ص ٢٢٣ .

دليله : النفل .

قالوا : ومعنى قولنا : « إنه صوم عَيْن » أن الوقت متعيَّن له شرعاً ، وقرروا النفل ، وقالوا : النفل والفرض مستويان فى أصل النيِّة ولا يختلفان فيها بحال ، ألا ترى أنهما يستويان فى أصل النيِّة ، ولأن النيِّة هى الإخلاص فى العمل وجعله للّه تعالى فلا يجوز أن يختلف فيها الفرض والنفل ، لأن الإخلاص فيهما واجب ، ولا بد أن يكونا للّه تعالى ليصحا .

قالوا : وقولكم : « إن مبنى النفل على المسامحة والمساهلة بدليل جواز صلاة النفل قاعداً مع القُدرة على القيام ، وجوازه راكباً مع القُدرة على النزول » ، لا ننكر هذا الافتراق ، لكن مع هذا استويا فى النيِّة أصلاً ومحلاً على ما سبق .

وعلى أن ما استشهدتم به دليل عليكم ، لأنه لما جازت الصلاة قاعداً مع القُدرة على القيام بكل حال إذا كانت نفلاً جازت أيضاً إذا كان فرضاً بحال، وعندكم لا يجوز .

قالوا : ولا يجوز أن يقال إنه يصير صائماً فى النفل من وقت النيِّة ، لأنه لو كان كذلك لم يضره الأكل من قبل كما لا يضره الأكل فى السَحَر لمن يصوم من وقت الفجر .

ولأنه لو نوى أن يصوم نصف النهار لا يجوز ، ولو كان كافراً فى أول النهار أو المرأة إذا كانت حائضاً لم يجز لهما أن يصوما .

ولو [1] نذر أن يصوم بعض اليوم لا يصح نذره ، ولو صام بدل الطعام فى جزاء الصيد فى الحج ، فإنه يصوم عن كل مدّ يوماً فلو بقى نصف مدّ

---

(١) فى المخطوط : « لم » ، والتصويب من المحقق .

لم يصح صوم نصف اليوم ، وهذا لأن الصوم عبادة فلا يُعرف أصله ولا مقداره إلا بالشرع والتوقيف ولم يرد الشرع بصوم بعض اليوم بحال ، ولو جاز أن يجعل إمساك بعض اليوم صوماً بالرأى جاز أن يُجعل السجدة الواحدة والركوع والقومة بانفرادها صلاة بالرأى ، وهذا اعتراض معتمد .

فهذا وجه تعلقهم بالنفل ، وإيرادهم لإظهار إشكاله .

وأما أبو زيد قال [١] : تعلق بالنفل أيضاً ، وادَّعى نوعاً من المعنى وتحريره « يوم صوم » فالإمساك فى أوله لا يتعين للفِطر بل يُوقف على صيرورته صوماً بوجود النيَّة فى معظمه ، دليله النفل .

وربما يقولون : ركن واحد ممتد فتجعل النيَّة فى أكثره كالموجود فى كله ، قال : « وإنما فعلنا ذلك لعذر خوف فوت العبادة فإن العبادة إذا فاتت عن وقتها حُكِم بفواتها على الإطلاق والقضاء يجب بأمر جديد ، ولأن الاستدراك بفعل القضاء استدراك فيما يرجع إلى تبعات الآخرة ، فأما فى درك الثواب وجعل الفوات كَلاً فوات فلا ، بدليل قوله عليه السلام : « مَنْ ترك صوم يوم من رمضان لم يقضه صوم الدهر كله » [٢] .

---

(١) انظر : الأسرار : ورقة ٢٥٣/أ (شهيد على) .

(٢) رواه أبو داود فى سننه : ٢/٧٨٩ مع المعالم ، فى باب « التغليظ فى مَن أفطر عمداً » .

وابن ماجه فى سننه : ١/٥٣٥ فى باب : « كفارة مَن أفطر يوماً من رمضان » .

والترمذى فى سننه : ٣ / ٤٩ مع العارضة ، فى باب « ما جاء فى الإفطار متعمداً » .

قال أبو عيسى : حديث أبى هريرة لا نعرفه إلا من هذا الوجه وسمعتُ محمد (يعنى البخارى) يقول : أبو المطوس اسمه يزيد بن المطوس ولا أعرف له غير هذا الحديث » ا.هـ .

=

ولأن القضاء إن كان مثل الأول فعلاً فلا يكون مثل الأول وقتاً ، وإذا لم يكن القضاء مثل الأول من كل وجه فلم يتحقق الاستدراك والحكم بعدم الفوات .

فثبت أن القول بعدم جواز النيِّة من النهار يؤدى إلى فوات العبادة ، فلأجل خوف الفوات جوِّز بنية من النهار وحكم بوقوف الإمساك ليصير صوماً بنيِّة توجد فى أكثر النهار فيصير كالموجود فى كل النهار حكماً مثل النفل سواء .

فأما إذا لم يجز بنيِّة من النهار يؤدى إلى فوات العبادة أصلاً فلخوف فوتها حُكِمَ بما ذكرنا كذا ههنا .

قالوا : وأما إذا نوى بعد الزوال فلا يمكن كما فى النفل ، لأنه لم يغلب وجود النيِّة بل غلب عدمها ، وههنا غلّب وجودها وإقامة عذر فى عذر .... [1] عند غلبة وجود النيِّة لا يدل على إقامة ذلك العذر عند غلبة العدم .

وربما تعلّقوا بالمسبوق إذا أدرك الإمام فى الركوع يصير مدركاً للركعة لغلبة الإدراك .

وأحسن استشهاد لهم فى التعلق بالعذر الذى قالوه ، هو أنه إذا نذر أن يصوم شهراً بعينه متتابعاً فأفطر فى يوم منه لا يؤمر بالاستئناف بخلاف ما إذا أطلق الشهر ، لأنَّا إذا أمرناه / بالاستئناف فى شهر بعينه أدَّى إلى ٥١/ب

= وذكره البخارى تعليقاً : ٤/ ١٦٠ مع الفتح فى باب « إذا جامع فى رمضان » .

ونقل ابن حجر فى الفتح عن البخارى فى التاريخ قوله : « تفرد أبو المطوس بهذا الحديث ولا أدرى سمع أبوه من أبى هريرة أم لا » (انتهى من الفتح : ٤/ ١٦١) .

(١) بياض فى المخطوط .

فوات العبادة عن وقتها الذى سمى لها بخلاف المسألة الثانية فهذا نهاية ما يمكن من إبراز المعنى .

وقد تعلَّق أبو زيد أيضاً بالحَرَج وقال : (إذا لم يجوِّز بنيِّة من النهار أدَّى إلى حَرَج عظيم يلحق الناس ، لأنه يجوز أن ينسئ الصوم حتى يصبح والنسيان عذر عام فى الناس وقد يكون يوم شك لم يظهر أنه من رمضان بعد ارتفاع النهار ، وكذلك ربما يحتلم الصبى فى بعض الليل ولا يعلم إلا بعد أن يصبح ، أو تطهر الحائض ولا تعلم إلا بعد أن تصبح فجوَّز الشرع التأخير فى النيِّة لدفع الحَرَج ، كما جوَّز تقديم النيِّة لدفع الحَرَج ، وحصول الحَرَج فى المنع من تقديم النيِّة شئ معلوم لا يخفى ، فإنه يتعذر على أكثر الناس فعل النيِّة عند الشروع ، لأنه وقت نوم وغفلة ، ولأنه لا يعلم وقت طلوع الفجر إلا الخواص من الناس فالحَرَج ظاهر فى هذه الصورة ، وفى الصورة الأولى بيَّنا وجوده أيضاً فليتفق الجانبان فى الجواز أعنى التقديم والتأخير) [1] .

قالوا : وأما بعد الزوال فلا حَرَج ، لأن الأعذار التى قلناها ترتفع غالباً قبل الزوال ولا تدوم إلى أن تزول بحال ، وأوردوا تقديم النيِّة على فصل العزم الذى قلناه .

وقالوا : كما لا يُتصوَّر محسوساً انعطاف العزم على زمانٍ ماضٍ فلا يُتصوَّر أيضاً أن يقدم العزم إلى عارض فى المستقبل خصوصاً إذا عزم من أول الليل ثم ينام إلى الصبح فأين العزم عند الشروع وهو لا يشعر بشئٍ ما ؟ بل قيل : وجد العزم حكماً وإن لم يُتصور محسوساً ، كذلك

---

(١) ما بين القوسين نقلاً من الأسرار مع بعض التصرف . انظر الأسرار : ورقة ٢٥٣/أ (شهيد على) .

ههنا إذا أخر ، نقول : وُجِدَ العزم من أول اليوم حكماً وإن لم يُتصوّر محسوساً .

الجواب :

أما الأصل الذى ادعيناه فهو فى نهاية القوة .

والحرف الوجيز : أن الصوم لا يكون إلا بالنيِّة ، والنيِّة لا تُتصور إلا فى المستقبل فصار صائماً بعض اليوم وصوم كل اليوم لا يتأدى ببعضه .

وأما النفل فعندنا يصير صائماً من وقت النيِّة ، لأن إثبات الصوم قبل وجود النيِّة لا مطمع فيه .

وقد ورد النص الصحيح عن عائشة رضى اللّه عنها أن النبى عليه السلام كان يدخل عليها ويقول : « هل عندكم من طعام ؟ فإذا قالت : لا ، قال : فإنى إذاً لصائم » (١) .

فلا يمكن إبطال الصوم لوجود النيِّة بالنهار بهذا النص ، ولا يمكن إثباته من أول النهار لما بيَّنا من الحقيقة فجعلناه صائماً من حين ما نوى ضرورة .

وقد أيَّد هذا النص كون الصائم متبرعاً ، والمتبرع يتبرع بقدر ما يختاره

---

(١) رواه مسلم فى صحيحه : ٣٤/٨ مع النووى ، فى باب « جواز صوم النافلة بنية من النهار » .

وأبو داود فى سننه : ٨٢٤/٢ مع المعالم ، فى باب « الرخصة فى ذلك » .

والنسائى فى سننه : ١٦٣/٤ ، فى باب « النية فى الصيام » .

والترمذى فى سننه : ٢٦٩/٣ ، ٢٧٠ مع العارضة ، فى باب « صيام التطوع بغير تبييت » . والإمام أحمد فى المسند : ٢٠٧/٦ .

فإن شاء صام كل اليوم وإن شاء صام بعض اليوم ، كما أنه بالخيار إن شاء تصدّق بحبة وإن شاء بمائة دينار ، والاعتماد على الخبر .

وأما الذى قالوا : « إنَّا عرفنا أصل الصوم وقدره بالشرع ، ولم يرد الشرع بالصوم فيما دون ما ذكرنا » .

وأما الأحكام فنحن نجوّز صوم بعض اليوم بشرط أن لا يكون أكلَ من أول النهار ، لأن النص كذلك وَرَدَ فجعلنا ترك الأكل فى أول النهار شرطاً لئلا يقع العدول عن مورد النص ، ولأنه إذا أكل فيكون الصوم على وفاق العادة وإذا لم يأكل يكون على خلاف العادة والعبادة ما يكون على خلاف العادة .

وأما الحائض إذا طهرت ، والكافر إذا أسلم ، والصبى إذا بَلَغَ فى غير رمضان فنوى صوم باقى اليوم يجوز ، وأما إذا نوى أن يصوم إلى نصف النهار فقد منع بعضهم ، وليس بشئ ، والصحيح التسليم وهو مشكل جداً .

ووجه الجواب من هذا الفصل أن نقول :

إنما جوّزنا صوم بعض النهار بالنص ، والنص وَرَدَ بصورة واحدة وهو أن يكون ممسكاً فى أول النهار ثم يصوم البقية ويصير إمساكه فى أول النهار شرطاً لصومه فى آخر النهار ، وهذا يمكن إثباته على وفق أصول الشرع ، لأن شرط العبادة قد يسبق العبادة . فأما إذا نوى الصوم إلى نصف النهار ثم يُفطِر فهو على خلاف صورة النص . ولأنه لو أكل فى باقى النهار فيكون إمساكاً على وفاق العادة ، وقد بيّنا أن مثله لا يكون عبادة ، وإن لم يكن وجعلناه شرطاً لصومه فى أول النهار فيكون هذا شرطاً متراخياً عن العبادة ولا يوجد لهذا نظير فى أصول الشرع فلا يمكن إثباته .

وأما مسألة جزاء الصيد فنحن إنما ادّعينا ما ادّعيناه فى النفل لا فى

الواجبات ، والواجب لا يكون فى معنى النفل بحال ، فهذا الذى قلناه وجه الجواب عن النفل ، وقد خبط الأصحاب فيه خبطاً عظيماً .

وعندى أنه قد انزاح الإشكال عنه بالطريق الذى قلتُه فليُعتَمد عليه .

وإذا عرفتَ هذا الجواب على هذا الوجه ، سهل الكلام على باقى ما أوردوه ، ونشير إلى وجه الجواب عن بقية كلام على التلخيص فنقول :

أما العذر الذى اعتقدوا وجوده لجواز النيِّة من النهار فهو خوف فوات العبادة قلنا : لا فوت بحال ، لأن القضاء قد وجب ، والقضاء وجب شرعاً لئلا يقع الفوات فإذا وجب القضاء منع الفوات فكيف يجوز/ اعتقاد الفوات مع وجوده ؟ وهذا لأنَّا نقطع أن مَنْ فاته صوم فى رمضان بعذر فقضى يصير متلافياً ما فاته من كل وجه ، والخبر الذى أوردوه إنما هو فيما إذا ترك صوماً متعمداً .

٥٢/أ

ثم نقول : النيِّة شرط ، والفوات الذى تحقق فهو فضيلة وقت ، وفوات فضيلة الوقت لا يكون عذراً فى ترك شرط الصوم ، لأن الشرط واجب ، والفضيلة زيادة على واجب .

وأما قولهم : « إن الإمساك ينبغى أن يكون موقوفاً » .

قلنا : إيقاف الإمساك فى زمان ماض لا بد فيه من دليل قاطع ، وليس لهم على ذلك دليل سوى النفل ، وقد أجبنا عنه .

وكذلك الجواب عن قولهم : « إنَّا نقيم وجود النيِّة فى الأكثر مقام النيِّة فى الكل » .

فهذا لا بد فيه من دليل قاطع ، وليس لهم على ذلك دليل سوى النفل ، وقد أجبنا عنه ، وهذا لأن صوم كل اليوم واجب فتكون النيِّة فى كل

يوم واجبة ، فإذا لم يقم صوم الأكثر مقام الكل فلا تقوم نيَّة الأكثر مقام الكل .

وأما مسألة المسبوق ، فليس إثبات إدراك الركعة بإقامة أكثر الركعة مقام الكل ، لأن ما أدركه ليس هو الأكثر على أصلهم ، لأنه لم يدرك إلا الركوع والسجود ، وقد فاته الأكثر وهو الإفتتاح والقيام والقراءة .

فإن قالوا : قد وُجِدَ منه القيام ، والإفتتاح ليس من الصلاة فأى شئ فاته ؟ ولأنه لو كان بإقامة الأكثر قيام الكل لوجب أن يجوز فى حال الإنفراد أيضاً ، فدلَّ أنه إنما جعلناه مدركاً بالنص من غير أن يُعقل له معنى .

وأما مسألة نذر صوم شهر بعينه متتابعاً ، ومخالفتها فى المسألة الثانية ، فليس لما ذكروه ، بل لأجل أن ذكر التتابع فى صوم شهر بعينه لغواً .

وأما تعلقهم بفصل الحَرَج ، فليس بشئ .

ويقال لهم : أولاً تعبير الشرائع بنوع حَرَج يلحق المتعبد لا معنى له ، لأن الشرائع ثبتت على إيقاع الناس فى الحَرَج والتعب ، وهل التكاليف من أولها إلى آخرها إلا محض التعب والنَصَب ؟ نعم ، إذا وقعت ضرورة يجوز أن يشرع لها مخرج ومخلص دفعاً للضرورة ، فأما اعتقاد المعتقد أنه لا حَرَج على العباد وأنهم متى حرّجوا اتسع الأمر ، فهذا مما لا يسوغ اعتقاد ويعود هو إلى أصل وضع الشرع بالهدم .

وأما قوله تعالى : ﴿ وَمَا جَعَلَ عَلَيْكُمْ فِي الدِّينِ مِنْ حَرَجٍ ﴾ [1] فمعناه

---

(١) سورة الحج : جزء من آية ٧٨ .

أنه ما أدخل عباده فى شئ إلاّ وقد جعل لهم مَخْلَصاً ، وهو معنى قوله : ﴿ لاَ يُكَلِّفُ اللَّهُ نَفْساً إلاّ وُسْعَهَا ﴾ [1] .

وجواب آخر نقول :

إن الحَرَج الذى قالوه نادر ، والشرع العام لا يجوز أن يوضع بحرج نادر ، وخرج على هذا تقديم النيّة ، لأنه حَرَج عام فجاز وضع الشرع العام بالحَرَج العام ، ولئن أمكن تصوير مثل هذه الأعذار النادرة واستخراجها بالمناقيش فيمكن مثل ذلك فيما بعد الزوال ، وبالإجماع هو ساقط ، ثم نقول تخريجاً لفصل تقديم النيّة على ما سبق من التحقيق : وهو أن العزيمة على فعل فى المستقبل صحيح سواء أكان ذلك الفعل متصلاً بالعزيمة أو متراخياً عنها ، فأما إثبات العزيمة على فعل يفعله فى الماضى فلا يجوز بحال ، وهذا لأن الفعل لا يُتصور فى الزمان الماضى ، والعزيمة لا تُتصور أيضاً على الفعل أيضاً فى الزمان الماضى .

وقد قال مشايخهم : إن الصوم مستحَق عليه مع فوات النيّة من الليل بدليل أنه لا تجوز نيّة النفل ، وإنما لم يجز لاستحقاق صوم الفرض عليه ، وإذا كان صوم الفرض مستحَقاً عليه فإذا فعله وجب أن لا يجوز ، لأنه لا يُتصور أن يكون الشئ مستحَقاً عليه ، وإذا فعله لم يجز .

ونحن لا نسلّم ذلك ، وإنما نقول : أصل الإستحقاق قائم ليقضيه فى يوم آخر ، فأما أن يستحق عليه الصوم فى هذا اليوم وقد فاتته النيّة من الليل فلا نقول بحال .

وأما قولهم : « إنه لو نوى النفل لا يجوز » .

قلنا : لم يكن عدم الجواز لما قلتم ، بل ، لأنه نوى النفل لا فى وقت النفل ، واللّه تعالى قد عيّن للنفل وقتاً ، وللفرض وقتاً فلا يجوز واحد منهما إلاّ فى وقته ، واللّه تعالى أعلم .

* * *

---

(١) سورة البقرة : جزء من آية ٢٨٦ .

(مسألة)

نيّة الفرض واجبة فى صوم رمضان عندنا [1] .

وعندهم : لا تجب ، بل إذا أطلق النيّة أو نوى النفل [2] .

قالوا : يقع على الفرض ، قالوا : وكذلك فى كل صوم زمان معيّن .

وقد وافقهم بعض أصحابنا فيما إذا أطلق النيّة ، وليس بمذهب ولا هو صحيح على المعنى .

لنا :

قوله عليه السلام : « الأعمال بالنيّات ولكل امرئ ما نوى » [3] .

---

(١) النكت : ورقة ٨٩/أ ، حلية العلماء : ١٥٤/٣ ، المجموع : ٢٥٨/٦ ، المهذب : ٢٤٤/١ .

وبه قال المالكية ، وهو قول للإمام أحمد ، بداية المجتهد : ٢٩٢/١ ، الإشراف للبغدادى : ١٩٤/١ ، المغنى : ٣٣٨/٤ ، الكافى فى فقه أهل المدينة : ٣٣٥/١ .

(٢) الأسرار : ورقة ٢٤٩/ب (شهيد على) ، المبسوط : ٥٩/٣ ، رؤوس المسائل ص ٢٢٥ ، بدائع الصنائع : ٩٩٣/٢ ، مختصر القدورى : ١٧٥/١ ، مختلف الرواية ورقة : ٤٢/ب .

(٣) رواه البخارى فى صحيحه : ٩/١ مع الفتح ، فى باب « كيف كان بدء الوحى » .

ومسلم فى صحيحه : ٥٣/١٣ مع النووى ، فى باب « قوله : إنما الأعمال بالنيات » .

وأبو داود فى سننه : ٦٥١/٢ مع المعالم ، فى باب « فيما عنى به الطلاق » .

والنسائى فى سننه : ٥١/١ ، فى باب « النية فى الوضوء » . =

أى له ما نوى بعمله ، وهذا الإنسان نوى بعمل النفل فلا يحصل له الفرض .

وأما الكلام من حيث المعنى : أن النيِّة شرط فى أداء المفروض بالإجماع . ولأن المفروض عمل يعمله لله تعالى ولا يصير العمل لله تعالى إلاّ بالنيِّة ، فعرفنا أن النية شرط فى أداء الفروض ، وإذا ثبت هذا فنقول :

إذا لم ينو المفروض عليه لم يحصل المفروض عليه ، لأن فقد الشرط يوجب فقد المشروط له الشرط ، وهذا كأصل الصوم فى غير رمضان فإنه إذا لم ينوه لا يحصل له / الصوم ، لأن النيِّة شرط لحصوله فإذا لم توجد لم يحصل الصوم ، كذلك ههنا . ٥٢/ب

فإن قالوا : « نيِّة أصل الصوم شرط لكن نيِّة المفروض عليه من الصوم ليس بشرط وفى هذا اختلفنا » .

قلنا : هو مأمور بأداء ما عليه ولا يصير ما عليه مؤدىً إلاّ بنيِّة ما عليه ، لأن النيِّة شرط للأداء بالإتفاق ، وبالمعنى الذى قلناه فلا بد أن يتصل الشرط بما عليه حتى يحصل أداء ما عليه ، ولا يتصل إلا بأن يعيِّن ما عليه بالنيِّة أداءً وفعلاً فإذا لم يعيِّنه بالنيِّة فُقدَ الشرط فَفُقِدَ المشروط .

ولأنه لما كان مأموراً بفعل ما عليه ، ولا يصير فاعلاً للصوم إلاّ بالنيِّة فعند عدم النيِّة ما عليه ينعدم فعل ما عليه ، وإذا لم يفعل بقى الأمر عليه .

= وابن ماجه فى سننه : ١٤١٣/٢ ، فى باب « النية » .

والترمذى فى سننه : ١٥١/٧ ، ١٥٢ مع العارضة ، فى باب « ما جاء فيمن يقاتل رياء وللدنيا » .

والإمام أحمد فى مسنده : ٢٥/١ ، ٤٣ .

وابن الجارود فى المنتقى ص ٣١ رقم (٦٤) فى النية فى الأعمال .

يدل عليه : أن الصوم له أوصاف ، والشروع فى هذا اليوم موصوف بوصف وهى وصف الفرضية فلا يصير مصيباً هذا الوصف من بين سائر الأوصاف إلاَّ بنيِّته على التعيين ، كقوم فى دار مختلفى الأوصاف من عالمٍ وجاهلٍ ، وعربى ، وأعجمى ، وقريب وأجنبى ، فنادى أحدهم لا يصير مصيباً له إلا بتعيينه بوصفه ، كذلك ههنا .

وكما تقول فى المُسلَّم فيه من ثوب أو طعام ، فإنه لما كان ذا أوصاف مختلفة لا يصير معيَّناً لبعضها إلا بتعيينه إياه بالوصف ، وهو مثل مسألتنا ، لأنه يوجد بوصفه مثل الصوم يوجد بنيِّته ثم لا يُحكم بوجود المسلَّم فيه ما لم يعيِّنه بوصفه فلا يُحكم بوجود الصوم المفروض عليه ما لم يعينه بنيِّته فهذه كلمات فى نهاية القوة .

وقال جماعة من أصحابنا :

إنه بنيِّة النفل مُعْرِض عن الفرض فلا يحصل له الفرض مع الإعراض عنه ، كما لو ترك النيِّة أصلاً .

وما ذكرناه أحكم ، وأحسن .

وأما حُجَّتهم :

تعلقوا بقوله تعالى : ﴿ فَمَن شَهِدَ مِنكُمُ الشَّهْرَ فَلْيَصُمْهُ ﴾ [1] .

وهذا الرجل قد صام فيكون قد صام المشروع ، لأنه لم يُشرع له إلا الصوم المطلق لقوله : « فَلْيَصُمْهُ » .

وأما المعنى فقد قال مشايخهم :

---

(١) سورة البقرة : جزء من آية ١٨٥ .

وقد استدل بالآية الدبوسى فى أسراره : ورقة ٢٥٠/أ (شهيد على) .

إن المستحَق عليه صوم واحد فى هذا اليوم فعلى أىّ وجهٍ أتى بالصوم وجب أن يقع عن المستحَق .

دليله : إذا كان عنده غُصُباً أو وديعة فإنه على أىّ وجهٍ رد يكون عن المستحَق عليه ، كذلك ههنا .

وربما يقولون : الصوم عن رمضان هو المستحَق فليقع عن المستحَق عليه .

يبيِّنه : أن النيِّة للتمييز بين المفعول وغيره على صورته ، فأصل النيِّة اعتبر لتتميز العبادة عن العادة ، فإن الإمساك قد يكون عادة ، وقد يكون عبادة فاحتاج إلى النيِّة لتمييز العبادة عن العادة .

فأما الصوم عن الفرض متميز شرعاً ، لأنه لا يوجد فى هذا الوقت غير هذا الصوم فاستغنى عن تمييزه عن غيره ، لأن تمييز المتميز لغو .

وإنما احتاج إلى أصل النيِّة لما بيِّنا ، وليصير عمله للّه تعالى على ما قلتم .

وقد صام وما عليه متميز عن غيره فاستغنى عن التعيين والتمييز . وتعلَّقوا بالحج وهو فصل مشكل ، وقالوا : مطلق النيِّة فى العبادة إذا لم يقع عن النفل يقع عن الفرض .

دليله : الحج ، وألزموا فصل الحج على جميع المعانى الذى قلناه .

والإشكال أنه قد وقع عن الفرض بدون نيِّة الفرض ، دلَّ أن نية الفرض غير واجبة فى كل عبادة اختص بزيادة استحقاق وقتاً .

قالوا : وقولكم : « الحج يستوى فرضه ونفله فى الأحكام بخلاف الصوم ، أو يمضى فى فاسده بخلاف الصوم ، أو يجوز بإحرام مبهم بخلاف الصوم » .

فليست هذه الكلمات بشئ ، ومفارقة الصوم الحج فى هذه الأشياء لا يدل على مفارقته فى استغنائه عن تعين النيِّة واحتياج الصوم إلى تعيين النيِّة .

لأن الفرض والنفل إن استويا فى الأحكام إلا أنهما غيران ، لأن أحدهما فرض ، والآخر نفل ولا يجوز أن يتأديا جميعاً بنيِّة واحدة ، فإذا استويا ولم يتأديا جميعاً فلا بد أن يعيّن أحدهما ليصير مؤدىً فوجب أن يُقدِّم الذى عيّنه بالنيِّة .

وأما المضى فى فاسد الحج ، فهو نوع تغليظ وَرَدَ فى المنع من الخروج منه إلاّ بالطريق المشروع للخروج منه إلاّ أنه لا يصير داخلاً فيه إلاّ بفعله فينبغى أن يصير داخلاً فيما يفعله ويقصده بفعله وهو ما ينويه ويعينه بنيته وقد نوى التطوع .

وعندكم صار داخلاً فى الوقت بنوع دليل ، فكذلك فى الصوم عندنا .

قالوا : وأما عندنا إذا نوى التطوع فى الحج لا يصير داخلاً فى الفرض لأن [1] الوقت لم يتعيّن له على الخصوص بخلاف وقت الصوم عندنا ، وأما إذا أطلق النيِّة فلم يعيِّن بنيِّته الفرض ولا النفل ، وإنما يحتاج إلى صرفه إلى أحدهما ، وقد مال دليل الحال على صرفه إلى الفرض ، لأن الحج يُحتاج فيه إلى كلفة شديدة ومشقة عظيمة ، والإنسان لا يتحمل مثل هذه الكلفة والمشقة للنفل وعليه الفرض ، بل يقصد الفرض ، ثم إذا اتفق له بعد ذلك التطوع يفعله فلأجل دليل الحال صرفنا نيِّته إلى الفرض ، ودليل الحال دليل مرجوع إليه فى كثير من الشرائع ، فأما إذا عيّن نيِّة النفل فقد/ سقط دليل الحال ، لأنه قابله صريح نيِّة التطوع ولا نفاذ لدليل الحال مع التصريح بغيره . ٥٣/أ

(١) فى المخطوط : « لا » والتصويب من المحقق .

وأما جواز إعدام الإحرام فليس فيه دليل ، والإبهام متصوّر فى الإحرام ، لأنه ينقسم إلى حجٍ وعُمرةٍ ، ولا يُتصوّر فى الصوم .

وقد ذكر أبو زيد طريقة أخرى قال : (١)

الوقت متعيَّن لصوم الفرض ، فنقول : متعيَّن فى هذا الوقت شرعاً فيصيبه باسم جنسه ، كما يصيبه باسم بعينه ، وهذا كشخص متعيّن عيناً فى موضع معلوم ، فإنه يصيبه باسم عينه ويصيبه باسم جنسه فالأول أن تقول : يا زيد أو يا عمرو - إذا كان اسمه ذلك - والثانى أن تقول : يا رجل .

كذلك ههنا اسم الجنس هو الصوم المطلق ، واسم العين هو الصوم الفرض ، والفرض عيّن فى هذا الوقت فيصيبه بالاسمين .

وحقق هذا وقال : « الصوم واحد فى الأحوال كلها ، لكنها تارة تكون فرضاً ، وتارة تكون نفلاً ، وإذا كان واحداً يكون مؤدياً له أطلق النيِّة أو عيّنه ، كالشخص لما كان واحداً ، يكون داعياً له أطلق النداء أو عيّنه » .

والحرف لهم ، أنهم يقولون :

لا مزاحم لهذا الصوم الواجب فى هذا اليوم فيتعيّن وإن لم يعيّنه .

وربما يقولون : إذا قبل الوقت أوجهاً من الصيام مثل خارج رمضان إنما لم يتعيَّن الواحد منها لأجل التعارض ، ولا تعارض فى مسألتنا ، لأنه لا يقبل إلا صوماً واحداً .

وخَرّجوا على هذا وقت الصلاة ، لأنه وإن ضاق يقبل الفرض وغيره .

قالوا : وقولكم « : إنه عليه نيَّة الفرض » .

---

(١) انظر الأسرار : ورقة . ٢٥ /أ (شهيد على) .

كلام مبتدأ ، لأن الذى عليه هو الصوم وحده إلاّ أنه لازم عليه أن يفعله وقد فعله ، ويستحيل أن يقال : إن الصوم مستحق عليه بوصف زائد على كونه صوماً ، لأنَّا إذا قلنا : مستحق عليه فلا معنى لقول مَنْ يقول : « إنه بوصف زائد » ، وهو راجع إلى قولهم : « إن الصوم واحد » وقد سبق .

وأما إذا عيّن النفل بالنيِّة فتلغو نيِّة النفل ، وكذلك إذا نوى القضاء أو النذر أو الكفَّارة ، وإنما لغى بعدم قبول الوقت هذه الصيامات ، وإذا لغى بقى مطلق النيِّة فكان الأمر على ما قلنا .

ولا يجوز أن يقال : إذا لغت نيِّة النفل تلغو نيِّة أصل الصوم ، لأن هذه الأشياء وصف زائد ، وبطلان الوصف لا يوجب بطلان الأصل ، ولهذا إذا نوى القضاء خارج رمضان ثم يتبيَّن أنه ليس عليه أو نوى الكفَّارة بعد انفجار الصبح تغلو نيِّة القضاء ، ولا تلغو أصل النيِّة حتى يصير صائماً عن النفل .

قالوا : وبهذا يُعترض على قولكم : « إنه إعراض عن نيِّة الفرض » لأنه لو كان معرضاً عن الفرض لصار معرضاً بنيِّة النفل وقد لغت نيِّة النفل فلغى الإعراض أيضاً مثل الحج على أصلكم ، والطواف نفلاً إذا كان عليه فرض .

يدل عليه : أن الإعراض فى ضمن نيِّة النفل ، فإذا بطلت نيِّة النفل بطل ما فى ضمنها .

الجواب :

أما الآية فهى دليل عليكم ، لأنه قال : « فَلْيَصُمْهُ » ومعناه : فليصم الشهر ، وإنما يكون صائماً الشهر إذا صام صيام الشهر ، ألا ترى أنهم

صرفوه إليه وجعلوا صومه عن صيام الشهر ولم يثبتوا له صوماً مطلقاً فى الشهر وإن صحّحوا نيّته .

وأما المعنى :

قولهم : « إن المستحَق عليه صوم واحد » .

قلنا : بلى ، ولكنه لم يأت بذلك المستحَق عليه ، ولا يتأدى المستحَق عليه إلاّ بفعله ، وشرط فعله نيّته وقصده ، وإذا لم يأت بالشرط فات المشروط .

وأما رَدّ الغصوب والودائع ، فهناك لا تُستحَق عليه نيّة ، إنما المستحَق عليه هو نفس الرد .

أما ههنا فإن النيّة مستحَق عليه ، والمراد بالنيّة : « نيّة ما عليه » فإذا لم يأت بها بقى فعل بلا نيّة .

أما قولهم : « إن النيّة للتمييز » .

فهذيان عظيم ، ومَنْ تكلم بهذا فلم يعرف النيّة ، وإنما شُرِطَتْ النيّة ليصير عمله لله تعالى وهو بنيّة أداء ما عليه ، فإذا نوى أداء ما عليه لله تعالى صار عمله لله تعالى ، فى التطوع ينوى أن يصلى لله أو يقوم لله ، ويدخل على التمييز ، الذى قالوه أصل النيّة ، فإن الإمساك متميز شرعاً متعين لوجه العبادة قطعاً ، بدليل أنه حرام عليه غيره فوجب أن يقال : إنه على أىّ وجه أمسكه يكون عن التمييز المتعين ، ولكن اعتبر على أصل النيّة ليصير أصل صومه لله تعالى فتعتبر نيّة ما عليه ليصير العزم بوصف الفرضية لله تعالى ، وهذا حرف معتمد غاية الاعتماد .

وأما فصل الحج فوجه الجواب عنه :

أن وقوعه عن الفرض على النص ، وهذا الحديث [1] المعروف الذى روى أن النبى عليه السلام سمع رجلاً يلبى عن شبرمة فقال : « هل حججتَ عن نفسك ؟ فقال : لا ، قال : هذه عن نفسك ، ثم حج عن شبرمة » [2] .

ونحن ادعينا حقيقة عظيمة فى المسألة ، وهو أنه لا يصير الإنسان فاعلاً لشئ بفعل غيره ، وذلك كأن ينوى النفل أو يطلق النية ، فكيف يكون هو ونيِّة النفل واحداً ؟ هو النفل ليس له وصف سوى أنه صوم ، وسمة النفل للتمييز بينه وبين الفرض فليس له وصف زائد على الصومية فتصير النية / المطلقة ونية النفل واحداً ، وإذا فعل النفل وقصده بنيِّته لا يصير فاعلاً غيره من الفرض فهذه حقيقة تشهد بها المعقولات والمنقولات ، وقد صُرِفنا عن هذه الحقيقة للشرع فى الحج فانصرفنا إليه تقديماً للوحى على المعقول والشرع على الرأى .

٥٣/ب

---

(١) كذا فى المخطوط ولعله : « للحديث » .

(٢) رواه أبو داود فى سننه : ٤٠٣/٢ مع المعالم ، فى باب « الرجل يحج عن غيره » .

وابن ماجه فى سننه : ٩٦٩/٢ .

والدارقطنى فى سننه : ٢٦٧/٢ ، ٢٦٨ ، ٢٦٩ .

وقال : « فيه الحسن بن عمارة ، متروك الحديث » ا.هـ .

والبيهقى فى سننه : ٣٣٦/٤ ، ٣٣٧ ، وقال : « هذا إسناد صحيح ، ليس فى الباب أصح منه ، وروى موقوفاً » ا . هـ .

قال ابن حجر فى التلخيص (٢٢٣/٢) بعد ذكر مَنْ خرَّجه : « أما الطحاوى فقال: الصحيح أنه موقوف ، وقال أحمد بن حنبل : رفعه خطأ » .

وقال ابن المنذر : « لا يثبت رفعه ... ثم قال ......

وقال الدارقطنى : إنه أصح .... » ا . هـ .

وابن الجارود فى المنتقى ص ١٧٨ رقم (٤٩٩) .

وأما فى الصوم رجعنا إلى أصل ما نعقله .

ودلّ عليه : سائر الأصول الموصلة والقواعد المقننة ، وهم عدلوا فى الحج عن قانون أصولهم حتى جوّزوه بمطلق النيِّة مع سعة الوقت للفرض وغيره ، وكونه فى هذا المعنى كوقت الصلاة سواء ، ثم تفريقهم بينه وبين الصلاة فى هذه المواضع وهو إذا أطلق النيِّة فليقبلوا منا مثل ذلك وليرضوا به .

وإن ألحُوا فى طلب المعنى فيجوز أن يقال : إنه كان بنوع نظر من الشرع لهذا العبد الذى ترك النظر لنفسه ولم يعيّن الفرض بنيِّته ، وكان اختصاص الحج بالنظر فيه من الشارع لعظمه فى نفسه واحتياجه إلى تحمل المؤنات والمشقات العظيمة ، وأنه قلّ ما يتفق فى العمر إلاّ مرة واحدة فلو لم يصرف نيته إلى الفرض نظراً من اللّه تعالى فربما يصل إلى فعله من بعد فضاع أصلاً ، وهذا لا يوجد فى غيره من العبادات .

وأما طريقة أبى زيد فقد وضعها فى مطلق النيِّة ، وقد بيّنا أن النيِّة المطلقة ونيِّة النفل واحداً لا تختلف ، فصار إذا أطلق النيِّة كأنه نوى النفل ، ثم يقال لهم ما اعتمدوه ، وهو أن هذا الصوم متعيّن فى هذا الوقت ، وهذا مسلّم ، ولكن لا بد من أدائه وآداؤه بالنيِّة ، فإذا لم ينوه فلم يؤده .

وقولهم : « إنه يصير مصيباً إياه باسم الجنس كما يصيبه باسم العين مثل ما استشهدوا به من الشخص القاعد فى الدار » .

قلنا : ليس فى الوقت شئ موجود حتى يصيبه باسم الجنس كما يصيبه باسم العين مثل ما قلتم فى الشخص القاعد فى الدار ، وإنما الصوم فى العدم وقد أمر بإيجاده فإنما يوجد بما يوجده ، وهو ما قصد إلاّ إيجاد النفل فلا يوجد الفرض بنيته أنّه قَصَدَ هذا الصوم من حيث أنه صوم فحسب ، لا من حيث أنه فرض فلا يصيب الفرض واعتبر قصده .

ألا ترى أن مَنْ رمى سهماً على ظن أنه حربى يكون خطأً ، لأنه لم يقصد من حيث أنه مسلم ، فلم يجز أن يعطى له حكم التعمد للمسلم .

فإن قالوا : « أليس لو سمى الدراهم المطلقة فى البياعات ينصرف إلى نقد البلد ، وإن كان هو الذى يوجده ويوجبه مثل مسألتنا ، ولكن لما كان نقد البلد يعيّن عُرفاً انصرف إليه ، كذلك ههنا الصوم عن هذه الجهة وقد تعيّن شرعاً فيصرف الإطلاق إليه » [1] .

قلنا : المعاملات العُرفية يجوز أن يحكم فيها العُرف ، فأما فى مسألتنا فهذه عبادات شرعية فيُصار فيها إلى شرائط الشرع ، نعم ، لو قدّرنا جواز صوم لا بنيّة كأن يجوز أن يقال : إذا أطلق ينصرف إلى المعتاد المتعارف ، بدليل العُرف ، فأما إذا لم يجز إلاّ بنيّة ، فلا بد أن ينظر إلى نيته فإذا لو ينو المفروض عليه لم يجز أن يحصل المفروض عليه ، ويجوز أن يقال : إن تلك المسألة خرجت عن هذا الأصل بدليل وعلى أنها دليل عليهم إذا عيّن نقداً آخر يتعيّن ، فقولوا ههنا : النفل يتعيّن ولا يصح الفرض، واللّه تعالى أعلم بالصواب .



(١) انظر الأسرار : ورقة ٢٥١/أ (شهيد على) .

(مسألة)

المرأة لا تلزمها الكفَّارة بالتمكين من الوطء في نهار رمضان [1] .

وعندهم : تلزمها [2] ، وهو أحد قولي الشافعي [3] رضى اللّه عنه .

والمناظرة على القولِ الأول .

لنا :

حديث أبي هريرة أن أعرابياً أتى النبي عليه السلام وقال : « هلكتُ وأهلكتُ يا رسول اللّه ، قال : ماذا صنعت ؟ قال : واقعتُ أهلي في نهار رمضان قال : أعتق رقبة ...... » [4] الخبر إلى آخره .

---

(١) الأم : ٨٥/٢ ، النكت ورقة : ٩٠/أ ، المجموع : ٢٨٧/٦، ٢٩٥ ، شرح صحيح مسلم للنووى : ٢٢٥/٧ ، شرح السُنَّة للبغوى : ٢٨٨/٦ ، وهو أظهر الروايتين عن الإمام أحمد ، الإفصاح : ٢٣٩/٩ ، المغنى : ٣٧٥/٤ ، وعند الحنابلة : « إذا أكرهت على الجِماع فلا كفَّارة عليها رواية واحدة وعليها القضاء فقط » (المغنى : ٣٧٦/٤) .

وقال المالكية : إذا كانت مطاوعة لزمتها الكفَّارة ، وإن كانت مُكرَهة فهي لازمة له ، المنتقى : ٥٤/٢ ، الإشراف : ٢٠٠/١ ، الكافي في فقه أهل المدينة : ٣٤٢/١ .

(٢) بدائع الصنائع : ١٠٢٥/٢ الأسرار : ورقة ٢٦٨/ب (شهيد على) ، رؤوس المسائل ص ٢٢٨ ، مختلف الرواية : ورقة ٥٣/أ .

(٣) النكت : ورقة ٩٠/أ ، المجموع : ٢٩٥/٦ ، وهو الرواية الثانية للإمام أحمد ، المغنى : ٣٧٥/٤ ، الإفصاح : ٢٣٩/١ .

(٤) رواه البخاري في صحيحه : ١٦٣/٤ مع الفتح ، في باب « إذا جامع في رمضان » . =

فالنبى عليه السلام أمره بعتق رقبة ولم يأمر فى جانبها بشئ مع أنه كان أخبر عن وقاعها ، والوقاع وطء لا يكون إلا من رجل وامرأة ، فلو كان تجب الكفّارة لما يسعه السكوت عن ذكرها لوجهين :

أحدهما : أنه يوهم السكوت أن لا شئ عليها ، وهذا الإيهام من صاحب الشرع غير واسع ، لأنه بُعِثَ لبيان الواجبات فلا يسعه ما يوهم سقوط واجب مع تحقق سببه .

الثانى : أنه أخبر بفعل مشترك من شخصين فوجب جوابه على وفق السؤال ، فلو كانت وجوب الكفّارة على الاشتراك لم يسع إفراده ببيان الواجب عليه ، لأنه يكون السؤال عن فعلين ، والجواب عن واجب أحد الفعلين ، وهذا تقصير فى البيان ، وقد بُعِث النبى ﷺ لبيان الكامل لا لبيان القاصر ، ألا ترى أن فى قصة العسيف لما وجب الحد عليها لم يسكت عن بيانه بل قال : « فاغدُ يا أُنيس إلى امرأة هذا فإن اعترفت فارجمها » [(١)] ، والخبر معتمد فى الحجة .

٥٤/أ وقد قالوا على تعلقنا بهذا الخبر بوجوه / من الأسولة :

= ومسلم فى صحيحه : ٧/٢٢٤ - ٢٢٦ ، مع النووى ، فى باب « تحريم الجِماع فى نهار رمضان » .

وأبو داود فى سننه : ٢/٧٨٣ مع المعالم ، فى باب « كفارة مَنْ أتى أهله فى رمضان » .

والترمذى فى سننه : ٣/٢٥٠ مع العارضة .

ومالك فى الموطأ : ٢/٥٢ مع المنتقى ، فى باب « كفارة مَنْ أفطر فى رمضان » .

وأحمد فى المسند : ٢/٢٠٨ ، ٢٤١ ، ٢٧٣ ، ٥١٦ .

(١) رواه البخارى فى صحيحه : ١٢/١٣٦ مع الفتح ، فى باب « الاعتراف بالزنا » .

أحدها : أنهم قالوا : إن المرأة كانت مكرَهة بدليل ما روى فى رواية : « أنه قال : هَلكتُ وأهلكتُ » فإنما يكون مُهلكاً لها إذا كانت مكرَهة من قبَله ، وعندنا إذا كانت مُكرَهةً فلا كفَّارة عليها .

والثانى : قال إنه صدّقه على نفسه ، ولم يصدّقه عليها ، ولو جاءت وسألت كان تبيين الواجب ، ألا ترى أنه لم يذكر القضاء ، وبالإجماع هو واجب .

والثالث : أن بيان إيجاب الكفَّارة عليه كان بياناً للواجب عليها ، لأن الفعل واحد من الجانبين ، والبيان فى أحد الجانبين بيان فى الجانب الثانى .

قالوا : وأما خبر العسيف ، فقد كان حكمها مخالفاً لحكمه فلم يكن بُدٌّ من البيان .

وأما ههنا فحكمهما واحد لا يختلف فذكره فى أحد الجانبين بيان فى الجانب الثانى .

وعلى السؤال الثانى قالوا : لما لم يصدّقه عليها كان فى بيان الحكم فى جانبها متبرعاً فكان مفوَّضاً إلى اختياره ، فاختار البيان فى حادثة الزنا ، واختار ترك الذِكر فى حادثة الكفَّارة .

الجواب :

أما الأول : قلنا : قوله « هَلكتُ وأهلكتُ » ، مذكور فى رواية غريبة [1] ،

---

(١) قاله الخطابى فى المعالم : ٢/ ٧٨٥ ، وهذا نصه : « وهذه اللفظة غير موجودة فى شئ من رواية هذا الحديث ، وأصحاب سفيان لم يرووها عنه ، وإنما ذكروا قوله : « هلكت » حسب ، غير أن بعض أصحابنا حدثنى أن المعلى بن منصور روى هذا الحديث عن سفيان فذكر هذا الحرف فيه ، وهو غير محفوظ ، والمعلى ليس بذاك فى الحفظ والإتقان » ا . هـ .

والثابت قوله : « هلكتُ » ، ونحن نتعلق به ، وعلى أن اللفظ لا يدل على أنها كانت مُكرَهة ، لأنه سماها هالكة ولا تكون هالكة إذا كانت مُكرَهة ، بل إنها كانت مطاوِعة إلا أنه أضاف الهلاك إلى نفسه ، لأن الغالب أن الزوج يدعو المرأة إلى الوطء ، فلأجل غالب الأمر أضاف هلاكها إلى نفسه .

وأما الذى قالوه : « أنه لم يصدِّقه عليها » .

قلنا : استدلالنا بترك إخباره عن وجوب الكفَّارة عليها مع إخباره عن فعله وفعلها ، وجواب الفتوى لا يحتاج إلى التصديق مثل جواب المفتين فى سائر الأعصار ، وإنما الإلزام يحتاج إلى التصديق .

وأما الثالث الذى قالوه فى غاية الضعف ، لأن بيان الوجوب عليه لا يكون بيان الوجوب عليها كيف هذا ؟ وقد اختلف العلماء فى وجوب الكفَّارة عليها مع اتفاق الكل على وجوب الكفَّارة عليه (١) .

وكيف يجوز أن يُحال أعرابى جاهل على مثل هذا البيان ؟ ولا بد من نظرٍ واجتهادٍ وقياسٍ معنوى ، وقد خفى على كثير من العلماء فكيف يتنبه عليه مثل ذلك الأعرابى ويقنع فى حقه بمثل هذا البيان ؟

وأما القضاء ، فإنما لم يذكره من الجانبين ، لأنه سأل عن واجب الهلاك ، والقضاء إنما يجب بمجرد فوات الصوم ، بدليل المريض .

وأما المعنى فسيتبين فى الجواب عن كلماتهم .

---

(١) ذكر الاتفاق على ذلك النووى فى شرحه على مسلم : ٢٢٤/٧ ، والكاسانى فى بدائعه : ١٠٢٥/٢ .

أما حُجَّتهم :

قالوا : الواجب كفَّارة الفِطر على وجه التعدى الكامل وقد وُجِدَ هذا المعنى فى جانبها ، كما وُجِدَ فى جانبه .

أما الفِطر فلا إشكال ، أما كمال التعدى فلأن كل جناية تحصل من الرجل بفعل الوطء تحصل من المرأة بالتمكين من الوطء بدليل الحدّ ، ولأنه لا يُتوهم منها جناية على الصوم تفعل بحرمة الصوم فوق هذه الجناية .

قالوا : ولهذا سوّى الشرع بين الجانبين فى واجب الوطء والإحرام فإن القضاء وفساد الحج مثل الكفَّارة ههنا ، وقد استوى الجانبان فيه بحيث لم يقع فرقان بوجهٍ ما .

قالوا : وأما المهر فهو بإزاء مِلْك البُضْع ، وملك البُضْع للرجل دون المرأة ، وأما الكفَّارة واجب جناية ، والجناية منها حسب الجناية منه ، وقد نزّل الشرع التمكين منها بمنزلة الإيلاج منه قطعاً فى الأحكام المتعلقة بالجناية بدليل الحدّ ، وأيضاً فإن منفعة بُضْعها قوّمها الشرع على خلاف الأصل ، وأما منفعة بُضْعه فلم يقوّمها بوجهٍ ما .

وأما ثمن ماء الاغتسال فهو من مؤن الزوجية كالنفقة فيكون عليه لا عليها .

قالوا : وأما قول مَنْ قال من أصحابكم : أنها أفطرت بغير الوطء ، لأن بتغييب طرف الذكر فى فَرْجها قبل غيبوبة الحشفة يفطر ولا يكون الفعل وطءً إلاّ بعد غيبوبة الحشفة ، فسهو عظيم ، وهو هرب من المسألة ، لأن هذه المسألة رويت منذ زمان الشافعى : أنه هل تجب الكفَّارة بطواعيتها فى الوطء ؟ واختلفت أقوال الشافعى فى ذلك على ما عُرِف .

وإذا كان الأمر على ما ذكرتم فيكون الخلاف فى صورة الفِطر : فإن

عندنا بذلك لا يفطر وقد ادعيتم أنه يفطر مثل ما لو غيّب أصبعاً أو خشبة فتذهب هذه المسألة أصلاً ، فإن المسألة فى فطر يقع من الجانبين ، هل تجب الكفَّارة عليها كما تجب عليه ؟ وإذا قال هذا القائل الذى ضعفت خبرتُه فى النظر فى هذه المسألة أنها تفطر قبل وجود الوطء ، فأين صورة المسألة التى اشتهرت فى العالم ، ودُوِّنت فى الكتب ، واختلف فيها أقوال الشافعى ؟ فدل ما ذكرنا أنه وقع سهو عظيم لقائل هذا المقال .

وأيضاً فإن الآلة آلة الوطء والمحل محل الوطء بإدخال ودخول فإذا لم يعتبر هذا الفعل أعنى تغييب رأس / الحشفة فى الفعل المخصوص بهذه الآلة فى هذا المحل وجعل فى حقه كالعدم ، فكيف تعتبر فى شئ آخر ؟ ويلحق بفعل يوجد باستعمال أصبع أو خشبة ؟ والمذهب الصحيح أن المرأة لا تفطر حتى تغيب الحشفة ويصير الفعل وطءً فيقع حينئذ الفطر من الجانبين .

٥٤/ب

قالوا : وأما قول مشايخكم : « إن فرضية الصوم فى حقها ناقصة ، لأنه ما من يوم يمضى إلاّ ويجوز أن يعرض عارض فيسقط الصوم عنها مع بقاء التكليف ، وذلك بالحيض » .

وهذا أيضاً ليس بشئ ، لأنه إن كان هذا يوجب وهاء فرضية الصوم وجب أن يوجب وهاء فرضية الصلاة ، بل تأثير الحيض فى الصلاة أكثر من تأثيره فى الصوم فينبغى إذا تركت الصلاة لا تُقتل [١] ، وعندكم [١] تُقتل كالرجل إذا ترك الصلاة يُقتل ، ولأن المرأة إذا صامت فى أول زمان طُهرها فوطئها الزوج فوجب على مؤدى هذا الكلام أن تجب عليها الكفَّارة ، لأنه لا يُتوهم ما قالوه إلاّ بعد مضى خمسة عشر يوماً ، وأيضاً اعتبار موهم

---

(١) أى عند الحنفية .

(٢) يقصد الشافعية .

فى تنقيص فرض محال ، ولو جاز أن يُعتبر توهم الحيض فى حق المرأة وجب أن يُعتبر توهم الجنون فى حق الرجل ، وتأثيره أكثر ، لأنه يُسقط أصل الخطاب ، بخلاف الحيض ، لأنه لا يسقط أصل الخطاب حتى تؤمر بالقضاء عند الطُّهر .

الجواب :

وهو أن نبيِّن ما يمكن الاعتماد عليه من حيث المعنى فنقول :

الكفَّارة طريق وجوبها التوقيف لا غير ، فإن الجناية وإن تحققت فلا يمكن معرفة وجوب الكفَّارة على الوجه الذى وَرَدَ بهذه الجناية رأياً ومعقولاً وإنما يمكن بالنص المجرَّد ، والنص وَرَدَ فى فعل الوطء وفعل الوطء حقيقة إنما يكون من الرجل ، فأما الموجود من المرأة فهو التمكين من الفعل ، والتمكين من الفعل لا يكون ذلك الفعل كالتمكين من القتل لا يكون قتلاً، وكذا فى كل موضع .

ولهذا يقال : جَامَع الرجل فهى مُجَامَعَة ، ووطئ الرجلُ فهى موطوءة فالأمر المحسوس المعقول الوطء من الرجال ، فأما النساء لا يكون منهن وطء بحال ، وإنما النساء محال الوطء كالأرض التى تُوطأ بالأقدام ، وكذا الإنسان الذى يطأه الإنسان بقدمه لا يكون منه فعل فى الوطء بالقدم ، وهذا مثل ذلك سواء .

ألا ترى أن الفعل الحسى وطء لا يمكن تصويره بوجهٍ ما إلا أن الشرع نزّل التمكين من الوطء فى الحدِّ نصاً ، وفى قضاء الحج بإجماع الصحابة فَسَلِمَ الموضعان للنص والإجماع .

وفى مسألتنا لا نص ولا إجماع فى جانبها ، وإنما النص والإجماع فى جانبه ، وقد علّق الوجوب عليه بالوطء من غير أن يهتدى إليه رأى

أو يُتَصرف فيه بمعقولٍ ، بل بالنص المحض فإذا لم يكن جانبها مشابهاً لجانبه ، فإن التمكين من الفعل دون حقيقة ذلك الفعل معنىً ، وغيره صورةً فلم يلحق به نصاً ،لأنه غيره صورةً ، واستدلالاً ، ولأنه دونه معنىً فسقط وجوب الكفَّارة في جانبها بهذا الطريق .

يبيِّنه : أن في الخبر ذكر المواقعة ، والمواقعة لا تكون إلاّ من الرجل ، فأما من المرأة فلا تُتصوّر ولا يقال أصلاً ، والله أعلم بالصواب .

* * *

(مسألة)

الإفطار بغير الوطء لا يوجب الكفَّارة عندنا [١] .

وعندهم : يوجب إذا كان بجنس ما يُتغذى به أو يتداوى به [٢] .

لنا :

إنه بالأكل والشرب تارك للصوم فى باقى النهار فلا تجب عليه الكفَّارة .

دليله : إذا ترك الصوم فى كل النهار بأن لم ينو الصوم أصلاً ، أو نلخص العبارة فنقول :

لم يوجد منه إلاَّ ترك الصوم فلا شئ عليه ، كما تركه ابتداءً ، وهذا لأن ترك بعض الصوم لو كان يوجب عليه الكفَّارة لكان ترك كله بالإيجاب أولى .

---

(١) المهذب : ٢٤٧/١ ، الأم : ٨٥/٢ ، حلية العلماء : ١٦٥/٣ ، المجموع : ٢٩٢/٦ .

قال النووى فى المجموع : « وبه قال سعيد بن جبير وابن سيرين والنخعى وحماد ابن أبى سليمان وأحمد وداود » ا . هـ .

(المغنى : ٣٦٥/٤ ، الإفصاح : ٢٤٠/١) .

وعند المالكية : الكفَّارة واجبة بكل فطر على وجه الهتك من أكل أو شرب أو غيره . الإشراف للبغدادى : ٢٠٠/١ ، بداية المجتهد : ٣٠٢/١ ، الكافى فى فقه أهل المدينة : ٣٤٣/١ .

(٢) الأسرار : ورقة ٢٦٦/أ (شهيد على)، مختصر الطحاوى ص ٥٤ ، المبسوط : ٧٣/٣ بدائع الصنائع : ١٠٢٥/٢ ، رؤوس المسائل ص ٢٢٥ ، مختصر القدورى : ١٨٠/١ ، ويشترطون فى ذلك العمدية فى الإفطار ، مختلف الرواية : ورقة : ٥٣/أ .

ثم الدليل على أنه بالأكل والشرب تارك للصوم ، أن حقيقة الصوم هو الكف عن جنس الأكل والشرب فحسب ، لأن الصوم عبادة كف عن قضاء الشهوة فيقتضى الكف عن قضاء شهوة معتاد فعلها ، لأن وصف الإبتلاء وصف لازم للعبادة لا يجوز أن تخلو عنه بحال ، وإنما يتحقق الإبتلاء بالخطاب بالكفّ عن قضاء شهوة مألوفة معتادة ، فأما ترك غير المألوف والمعتاد فلا ابتلاء فيه ، فإنه سهل تركه والإبتلاء إنما يوجد بترك ما يشق تركه ، كما يوجد بفعل ما يشق فعله ، وإذا ثبت هذا الأصل فنقول :

شهوة البطن فى الأكل والشرب شهوة مألوفة معتادة فى زمان الصوم وهو النهار فيوجد معنى العبادة فى الخطاب بالكفّ عن قضاء هذه الشهوة ، والصوم عبادة كفّ عن قضاء الشهوة فإذا وُجِدَ معنى العبادة فى هذا الكفّ صح .

قولنا : « إن الكفّ عبادة كفّ عن قضاء هذه الشهوة فإذا أقدم عليه فيكون تارك فعل الصوم ، لأن الصوم هو نفس الكفّ فإذا لم يكفّ فقد تركه ، وترك الصوم لا يوجب الكفّارة كما فى الإبتداء .

٥٥/أ فأما الوطء فهو محظور الصوم وفعله بمواقعة / محظوره فيه وتركه اجتناب محظور بسبب عبادة ، لا أنه نفس العبادة ، لما بيّنا أن الصوم عبادة كف عن قضاء الشهوة فيقتضى الكف عن شهوة معتادة مألوفة ليوجد معنى الإبتلاء الذى هو وصف العبادة على سبيل اللزوم ، والوطء بالنهار غير معتاد ولا مألوف ، لأنه وقت الإشتغال بالأعمال والتصرفات ، ولا يوجد ابتلاء فى الخطاب بالكفّ عنه فى زمان النهار فلم يصح أن تكون نفسه عبادة ، نعم ، يجوز أن يكون محظور الصوم كما يكون محظور الحج ، ومحظور الإعتكاف وإن كانت حقيقة الإعتكاف بغيره من اللبث فى المسجد ، والأفعال المعهودة المعروفة ، لكن كان الوطء محظور العبادتين ،

كذلك ههنا الوطء محظور الصوم ، وإذا ثبت أنه محظور الصوم فلم يكن بفعله تاركاً للصوم بل كان جانياً على الصوم بمواقعة المحظور بسبب مؤثر فاستقام إيجاب الكفَّارة ، كما تجب الكفَّارة بمواقعة المحظورات فى الحج ، لأن مواقعة المحظور سبب مؤثر فى إيجاب العقوبة .

ألا ترى أن فساد الصوم بالوطء كان على وجه العقوبة ، فكذلك الكفَّارة وجبت على طريق العقوبة .

وأما حُجَّتهم :

قالوا : إفطار كامل فيوجب الكفَّارة ، كما إذا كان بالوطء ، وهذا لأن الواجب كفَّارة الفِطر ، بدليل أنه يُضاف إليه ، والأصل أن الحكم إذا أضيف إلى الشئ يكون سبباً له مثل كفَّارة القتل وكفَّارة الظِّهار ، وكفَّارة اليمين على أصلكم ، وزكاة المال ، وغير هذا من الإضافات .

ولأن الفِطر جناية على الصوم بتفويت ركنه فيصلح موجباً للكفَّارة إلا أنه يكون بجهة التعدى على الكمال ليصلح موجباً للعقوبة .

قالوا : ولا يجوز أن يُقال إن الكفَّارة واجب الوطء ، لأنه لو وطئ ناسياً للصوم وتصوَّر إذا زنا ناسياً بامرأة لم تجب عليه الكفَّارة وإن وُجِدَ الوطء لعدم الفِطر ، ولو وطئ امرأته أو مملوكته وجبت الكفَّارة وإن استوفى هنا بُضْع مملوكة لوجود الفِطر ، فدلَّ أن الكفَّارة كفَّارة الفِطر ، وهذا ثبت هذا فنقول : الفِطر بالأكل والشرب مثل الفِطر بالوطء ، لأن الصوم عبادة كف عن قضاء الشهوة والشهوة شهوتان : شهوة بطن ، وشهوة فَرْج ، وهما شهوتان مركبتان فى العبد جبلة وخلقة فلا بد من قضائهما على المعتاد ، وقضاء أحدهما بالوطء ، والأخرى بالأكل والشرب ، والصوم عبادة كف عنهما .

قالوا : ولهذا تناول نص الكتاب كل واحد منهما تحليلاً وتحريماً

بقوله تعالى : ﴿ أُحِلَّ لَكُمْ لَيْلَةَ الصِّيَامِ الرَّفَثُ إِلَى نِسَائِكُمْ ﴾ [1] ، فهذا هو الوطء ، ثم قال : ﴿ وَكُلُواْ وَاشْرَبُواْ حَتَّى يَتَبَيَّنَ لَكُمُ الْخَيْطُ الأَبْيَضُ مِنَ الْخَيْطِ الأَسْوَدِ مِنَ الْفَجْرِ ﴾ [2] ، ثم قال : ﴿ ثُمَّ أَتِمُّواْ الصِّيَامَ إِلَى الَّليْلِ ﴾ [3] .

أى الكف عن هاتين الشهوتين إلى زمان الليل فجعل هذين هو المقصود بالصوم فى الكف فثبت نصاً ومعقولاً أن ركن الصوم هو الكف عن قضاء هاتين الشهوتين ، وفعل كل واحد منهما تفويت لركن الصوم ، فإذا وجبت الكفَّارة فى أحدهما وجبت فى الآخر .

يدل عليه : أن الجناية كملت فى كل واحد من الفعلين فإن كمال الجناية متفَق عليه فى الوطء من حيث أنه جناية بتفويت ركن الصوم وهذا المعنى بعينه موجود فى الأكل والشرب فتكمل الجناية أيضاً ، وإذا كملت الجناية وجبت الكفَّارة .

قالوا : بل جانب الأكل والشرب أرجح ، لأن تأدى الصوم بترك الأكل والشرب فوق تأدّيه بترك الوطء لما ذكرتم أن الصوم اختص بزمان الأكل والشرب عادة ولم يختص بزمان الوطء عادة ، ولأن الصوم عبادة صبر ، والصبر عن الأكل والشرب أشق من الصبر عن الوطء ، فإن الإنسان يصبر عن الوطء دهراً ولا يصبر عن الأكل والشرب يومين ، وإذا كان أشق فيكون الثواب بالصبر عنه أكثر وعلى مقابلته يكون العقاب بالإقدام عليه أكثر ، لأن الثواب مقابل العقاب بدليل قوله تعالى : ﴿ يَا نِسَاءَ النَّبِىِّ مَن يَأْتِ مِنكُنَّ بِفَاحِشَةٍ مُّبَيِّنَةٍ يُضَاعَفْ لَهَا الْعَذَابُ ضِعْفَيْنِ ﴾ [4] ، وقال تعالى :

---

(١) ، (٢) ، (٣) سورة البقرة : جزء من آية ١٨٧ .

(٤) سورة الأحزاب : جزء من آية ٣٠ .

﴿ وَمَن يَقْنُتْ منكُنَّ للّه وَرَسُولِه وَتَعمَلْ صَالحاً نُؤْتِها أَجْرَهَا مَرَّتَيْنِ .. ﴾ [1].
وإذا كان العقاب بالإقدام على الأكل والشرب أكثر كان بإيجاب الكفَّارة أولى ، فهذا إيجاب الكفَّارة بالأكل والشرب من حيث الاستدلال لا من حيث القياس [2] الأكل والشرب على الوطء ، لأن الكفَّارات لا يجوز إثباتها بالقياس ، لكن يجوز بطريق الاستدلال بالنص ، وهذا من هذا النمط ، وهو مثل تحريم التأفيف يكون تحريماً للشتم والضرب استدلالاً أو فحوى خطاب ولا يكون تحريماً من حيث القياس .

قالوا : « وأما قول بعضكم إن الصبر عن الوطء عند هيجان الشهوة يصعب ما لا يصعب الصبر عن الأكل والشرب عند هيجان الجوع » ، فليس بشئ ، لأن على المعتاد المعروف يكون الصبر عن الوطء أسهل من الصبر عن الأكل والشرب / والذى صوَّرتم صورة نادرة ، والصورة النادرة لا تُعتبر ، بل تعارض المعتاد الغالب من حالات الناس وأمورهم . ٥٥/ب

قالوا : وأما قولهم : « إن الوطء محظور الصوم ، والأكل والشرب نقيض الصوم » . ليس كذلك بل كان كل واحد منهما نقيض الصوم على ما سبق ، وكما إنه يوجد الابتلاء بترك الأكل والشرب فى النهار يوجد الابتلاء بترك الوطء فيه إلاّ أن الابتلاء فى هذه الصورة ربما يكون أخف من الابتلاء فى تلك الصورة .

يبيِّنه : أن خطاب الشارع فى الكل على وجه واحد لقوله تعالى : ﴿ ثُمَّ أَتِمُّواْ الصِّيَامَ إِلَى اللَّيْلِ ﴾ [3] ، فكيف يجوز أن تميز التمييز الذى قلتم مع اتحاد الخطاب ؟

---

(١) سورة الأحزاب : جزء من آية ٣١ .
(٢) كذا فى المخطوط ولعله : « قياس » .
(٣) سورة البقرة : جزء من آية ١٨٧ .

ثم قالوا : إن سلَّمنا أنه محظور الصوم والآخر نقيض الصوم لكن الجناية بهما واحد ، فإذا جاز أن تجب الكفَّارة بارتكاب محظور الصوم جاز أن تجب بارتكاب نقيضه ، لأن كل واحد منهما سبب لتفويت الصوم على وجهٍ واحد ، والجماعة فى تفويت الصوم ، وكما يوجد ترك الصوم ولا كفَّارة وذلك فى الابتلاء فقد توجد مواقعة المحظور ولا كفَّارة ، وذلك بالغيبة والوطء فيما دون الفَرْج .

وقد أُلزموا مسألة المرتدة على ترك الصوم فى الابتداء فإن ترك الإسلام من المرأة فى الابتداء لا يوجب القتل وفى الدوام يوجب القتل على أصلكم (١) .

قالوا : « وأما قول مشايخكم : إن الوطء متغلظ فى نفسه فيمتاز عن غيره فى الحكم » ، فليس بشئ ، لأن العبرة بالسبب الحاظر ، والسبب الحاظر للكل واحد ، وإذا اتحد السبب لا بد أن يتحد الحظر ، وإذا اتحد الحظر اتحدت الجناية ، لأن الفعل صار جناية من حيث الحظرية .

قالوا : وأما الوطء فى مِلْك الغير والتناول من مِلْك الغير إنما افترقا فى وجوب الحدّ ، لأن الحدّ يندرئ بالشبهات ، والزنا محرَّم لعينه فخلا من الشبهة ، والأكل والشرب محرَّمان لا لعينهما بل لغيرهما وهو حق المالك ، ألا ترى أنه إذا أسقط حقه بالإذن أبيح ، والوطء لا يباح وإن أذن المالك فيه .

قالوا : وأما الإحرام فإنما امتاز الوطء فيه عن غيره من المحظورات ، لأن التحريم لمكان الارتفاق والاستمتاع ، والارتفاق بالوطء أكثر منه بفعل سائر المحظورات .

---

(١) عند الشافعية .

وأما ههنا فإن قضاء الشهوة بالأكل أو الشرب مثل قضاء الشهوة بالوطء بل أكثر .

قالوا : « قولكم : إن اللذة فى الوطء أكثر منها فى الأكل والشرب » .

فليس بشئ ، بل اللذة عند الجوع الصادق والعطش الصادق لا يكون دون اللذة عند شدة الشبق بالوطء ، لأنه إن كانت اللذة هناك أكثر فالارتفاق ههنا أكثر ، لأن قوام الحياة يحصل بهذا دون الوطء .

قالوا : « وقولكم : إن الأكل لا يخلو عن شبهةٍ لوجود بعض ما لو لوجد كله أباح بخلاف الوطء » .

كلام فى نهاية الضعف ، لأن المبيح هو الضرورة ، والضرورة تخوف الهلاك ، ولا يُتصور وجود خوف منها .

يدل عليه : أنه لو سرق طعاماً ليأكله يجب عليه القطع عندكم ، ولو أخذ على هذه الصورة بالضرورة أبيح له ذلك ، ومع ذلك لم يُحكم بوجود شبهة فى الصورة الأولى .

الجواب :

أما قوله : « إفطار كامل » .

قلنا : فى اللفظ خلل ، لأن الفِطر إنما يصح وصفه بالكمال إذا كان يصح وصفه بالنقصان ، والفِطر فى نفسه عبارة عن فوات الصوم بفعل من الصائم ، والشئ إذا فات ففواته على وجهٍ واحد لا يصح ، يجوز أن يوصف بالكمال تارة وبالنقصان أخرى ، وهذا كالأفعال الحسية متى وقعت يكون وقوعها على وجهٍ واحد .

فإن قالوا : إذا تناول الحصاة أو النواة فهو إفطار ناقص ، لأنه إفطار اسماً لا معنىً من حيث أنه أكل صورةً وليس بأكل معنىً .

قالوا : وفى الإستيقاء إنه ليس بفطر حقيقة ، لأن الفِطر يكون بما يدخل لا بما يخرج وإنما أفطر به الشرع ولولا الشرع لم يحصل به فِطر أصلاً .

قلنا : قد بيّنا أن الفِطر هو تفويت الصوم بفعل يفعله الصائم ، والشئ إذا فات لا يُتصوّر أن يفوت من وجهٍ دون وجه بل يفوت من كل وجه ، وإذا فات من كل وجه يكون الفِطر كاملاً ولا يكون ناقصاً .

وأما قولهم : « إن الكفّارة كفّارة الفِطر » .

قلنا : لا ، بل هو كفّارة الوطء المفطِّر .

فإن قالوا : « نحن بيّنا تأثر الفِطر ، فبيِّنوا أنتم تأثير الوطء » .

قلنا : وجه تأثيره أن الأصل فى الشرع أن السبب إذا حرَّم الوطء وغيره يكون تأثير السبب فى الوطء أكثر من تأثيره فى غيره بدليل التحريم إذا كان لعدم المِلْك أو كان بالإحرام ، وهذا لأن الوطء فعل متغلظ فى نفسه ممتاز عن سائر الأفعال شرعاً ، بدليل أنه لا يُستباح بالإباحة وبدليل أنه يستحق به القتل ، وبدليل أن العقد على استحقاقه يقف على شرائط لا يقف عليه عقد ما ، وذلك لتغلظه فى نفسه ، هذا نهاية ما يمكن فى تحقيق طريقة المشايخ .

٥٦/أ وعذرهم عن فصل / عدم المِلْك ، ليس بشئ ، لأنهم فى عذرهم ادَّعوا أن فى تناول مال الغير شبهة الإباحة ، ولو كان كذلك لم يجب القطع بسرقة مال .

وقولهم : « إن الزنا محرَّم لعينه فلا تكون فيه شُبهة » .

قلنا : لو كان محرَّماً لعينه لم يحل جنس الوطء بحال ، بل الصحيح أن كلاً الفعلين محرَّم بتحريم الشرع وإن كان السبب مِلْك الغير إلا أن الوطء لا يُستباح بالإباحة لغلظه فى نفسه ، والأكل يُستباح بالإباحة لخفة أمره ،

وعلى أن استباحة المال بدليل عارض وعدم استباحة الوطء بمثل ذلك الدليل لا يدل على اختلافهما فى أصل التحريم ، ويجوز أن يوجد سببان محرِّمان لا شبهة فى واحد منهما ، وإن اختلفا مثل الاختلاف الذى قلتم .

ألا ترى أن الكفر والقتل كل واحد منهما محرِّم من غير شبهة ، وإن كان جنس أحدهما يُستباح بدليل يقوم عليه وهو القتل ولا يُستباح الآخر بحال وهو الكفر .

وأما عذرهم عن الإحرام وقولهم : « إن الوطء استمتاع وارتفاق فهذا المعنى فيه أكثر منه فى سائر المحظورات » .

قلنا : مقادير الارتفاقات غير معتبَر بدليل أن الارتفاق فى اللبس أكثر منه فى قلم الظفر وحلق الشَعر ومع ذلك يستوى الكل فى الكفَّارة ، فدل أن المعتبر أصل الارتفاق ولا مقداره ، ولكن إنما خالف الوطء سائر المحظورات ، لأن تأثير السبب فيه أكثر من تأثيره فى غيره على ما يوجبه قضية الشرع .

فإن قالوا : قد ظهر تأثيره فى الحج حتى إنه يمتد زمان تحريم الوطء ما لا يمتد زمان سائر المحظورات ، وههنا زمان التحليل والتحريم فى الوطء وغيره واحد .

قلنا : تمييز الوطء من بين سائر المحظورات لم يكن لما قلتم بدليل أن الوطء يمتاز من بين سائر المحظورات وإن كان فى العُمرة ، كما يمتاز فى الحج حتى إن القضاء يجب بالوطء ولا يجب بسائر المحظورات وإن كان التحليل والتحريم فى الكل واحد فى العُمرة .

وإذا ثبت أن تأثير السبب فى الوطء أكثر منه فى الأكل والشرب جاز أن يختص بإيجاب الكفَّارة مع مساواته الأكل والشرب فى كل ما قلتم ، هذا تحقيق طريقة الأصحاب .

وأما الذى اعتمدناه من أن الوطء مواقعة محظور والأكل والشرب مجرد ترك الصوم ، فهى طريقة متينة محكمة .

وعندى أن الاعتماد عليها أولى ، وقد ذكرنا وجه تقريرها .

وأما الغيبة والوطء فيما دون الفَرْج ، فنحن لا نقول إن مواقعة كل محظور يوجب الكفَّارة ، لأن المحظور والمحظور يجوز أن تختلف فيهما مقادير الجناية وعظمها وصغرها لكن ما يتعلق بالمحظور لا يتعلق بترك العبادة ، لأن مواقعة المحظور مع فعل الصوم فى حقيقته جناية على الصوم الذى هو عبادة ، والترك ليس بجناية على العبادة ، لأن ما مضى لا يُتصور الجناية عليها وما بقى لم يفعله حتى يجنى عليه وإنما مجرد ترك مأمور ، وما لا يُستدرك بالقياس إذا جاء وجوبه فى موضع لا ينتقل إلى موضع آخر ، لأن الجناية على العبادة إذا لم توجد فى الأكل والشرب وتوجد فى الوطء فيجوز أن توجب الجناية على العبادة بإفسادها ما لا يوجبه مجرد تركها من غير جناية عليها وهذا ظاهر .

وأما فصل المرتدة فقد بيّنا فى ربع القِصاص [١] أن الكفر ابتداءً وعوداً بالردَّة موجب للقتل فى حق المرأة ، كما يوجب كفر الرجل إلاّ أنه فى حق الكافرة الأصلية قُدِّمت عقوبة أخرى على عقوبة القتل بدليل قام عليه ، ولم يوجد فى حق المرتدة مثل ذلك الدليل فتعين القتل ، والله أعلم .



---

(١) انظر مسألة « المرتدة » ورقة : ٣٩٢/أ من الاصطلام .

(مسألة)

إذا وطئ مرتين في يومين في شهر رمضان وجبت عليه كفَّارتان يلزمه أداؤهما [1] .

وعندهم : يكفيه كفَّارة واحدة [2] .

لنا :

أن ندل أولاً على وجوب الكفارة بالوطء في اليوم الثاني فإنهم ربما يمنعون ذلك فنقول :

سبب الوجوب تكرر فتكرر الوجوب ، مثل القتل إذا تكرر فيتكرر وجوب الكفَّارة ، وكذلك الظِّهار واليمين .

والدليل على تكرر السبب أن سبب الوجوب ، هو الجناية على صوم رمضان بالوطء وقد وُجِدَ هذا في اليوم الثاني مثل ما وُجِدَ في اليوم الأول .

يبيِّنه : أنه لو لم يطأ في اليوم الثاني وأتم صومه كان صومه على

---

(١) النكت : ورقة ٩١/ب ، الأم : ٨٤/٢ ، ٨٥ ، المهذب : ٢٤٩/١ ، المجموع : ٣٠١/٦ ، حلية العلماء : ١٦٨/٣ .

وبه قال مالك وداود وأحمد في أصح الروايتين عنه . انظر :

الإشراف للبغدادي : ٢٠١/١ ، المغني : ٣٨٦/٤ ، الإفصاح : ٢٤٣/١ ، الكافي في فقه أهل المدينة : ٣٤٣/١ .

(٢) الأسرار : ورقة ٢٦٩/ب (شهيد علي) ، مختلف الرواية : ورقة ٥٣/أ ، بدائع الصنائع : ١٠٣٣/٢ ، المبسوط : ٧٤/٣ ، رؤوس المسائل ص ٢٣٢ .

الكمال والتمام مثل الأول لو لم يفسده ، كذلك إذا أفسده بالوطء تكون الجناية عليه مثل الجناية على الصَوم فى اليوم الأول .

والحرف : أن الجناية الموجودة فى صوم اليوم لا تؤثر فى صوم الغد بحالٍ ، ومن المحال اعتقاد تأثير الوطء الذى يوجد فى اليوم فى صوم يوجد فى الغد وبعد الغد .

وقد ادَّعى بعضهم أن الجناية تقاصرت فى الوطء الثانى ، لأن حُرْمة الشهر صارت مهتوكة بالوطء الأول فصادف الوطء الثانى حُرْمة الصوم دون حُرْمة الشهر فلم توجب الكفَّارة عليه .

دليله : إذا وطئ فى القضاء ، وهذا لأن الجناية المحسوسة على المحل توجب النقصان حسّاً والجناية الحكمية توجب النقصان حكماً .

قالوا : وهذا لأن الشهر له حُرْمة واحدة ، لأن الشهر واحد ، وإن تخللت الليالى التى لا تقبل الصوم أصلاً ، وتخلل الليالى لا يوجب تعدد الحُرْمة ، بدليل شهرى التتابع فإن لهما جميعاً حُرْمة / واحدة وإن تخللت الليالى لا تقبل الصوم فيما بين ذلك .

٥٦/ب

الجواب :

إن القول بانتهاك حُرْمة الشهر على معنى فواتها ، قول مستبعَد جداً ، نعم ، يجوز أن يقال إنه لم يراعِ حرمتها ولم يحفظها ، فأما اعتقاد فوات الحُرْمة فمحال .

يبيِّنه : أنه ليس معنى حُرْمة الشهر سوى أن اللّه تعالى خصّ هذا الشهر بواجب من أركان الإسلام وشرع فيه وجوهاً من المشروعات تُشعر بخطرها وحُرْمتها واختصاصه من ذلك بما لا يوجد فى سائر الشهور ، وهذا المعنى لا يفوت بوطئه فى يوم من أيامه ، لأن الأمر بالصوم واختصاصه بما عُرِف

من السنن المشروعة وتكثير الثواب لما يأتى من العبادة فيها وأمثال ذلك كلها باقية عليه فى الشهر ، فكيف يقال إنه ذهبت حُرْمتها فى حقه وصار بمنزلة سائر الأيام التى هى خارج رمضان ؟ وأيضاً فإن الكفَّارة واجب الجناية على الصوم لا واجب الجناية على الشهر ، لأن عندنا الكفَّارة واجب وطء مفطر ، وعندكم الواجب واجب الفطر على جهة مخصوصة ، والفطر إنما يوجد بجناية على الصوم لا بجناية على الشهر إلاَّ أنه يُعتبر أن يكون الصوم فى هذا الشهر ليلاقى زمان أدائه .

وقد قيل أيضاً : إن لكل يوم من رمضان حُرْمة على انفرادها فيما يرجع إلى الصوم والشهر جميعاً .

والدليل عليه : أنه لو لم يصم يوماً من رمضان أصلاً وجَامَعَ فيه أو جامع فيما دون الفَرْج وهو صائم ، أو أكل حصاة أو نواة ثم صام من الغد وجَامَعَ فيه وجبت الكفَّارة وإن كان قد هتك حُرْمة الشهر بالفعل الأول فحين وجبت دلَّ أنه إنما وجبت ، لأن الحُرْمة لم تصر مهتوكة أو لأن لكل يوم حُرْمة على حدة فيما يرجع إلى الصوم والشهر جميعاً وهذا لا سؤال لهم عليه ، فإذا ثبت وجوب الكفَّارة فى اليوم الثانى حسب وجوبها فى اليوم الأول وجب أداؤهما ،لأن الوجوب يُراد للأداء فإذا وجب وجب الأداء .

وأما حُجَّتهم :

المعتمد ، قالوا : نسلّم الوجوب فى اليوم الثانى مثل ما وجب فى اليوم الأول لكن نقول : يتداخلان ، ويُكتفى بواجب واحد أداءً مثل ما لو زنى ثم زنى فإنه يُكتفى بحدٍّ واحدٍ ، لأن كل واحد منهما عقوبة تندرئ بالشبهات ، ودليل أنها عقوبة تعلقها بالجناية ، ودليل سقوطها بالشُبهة ما ذكرنا فى المسألة الأولى ، وهذا لأن الواجب لما كان على جهة الزجر وهو محمول فى الشرع على نوع من السقوط لا يوجد فى غيره فالواجب الواحد زاجر كامل

وإن تعدد السبب مثل الحدّ فى الزنا سواء ، أو يقال : إذا وُجِدَ أداء هذا الواجب بعد وجود أسباب له فجعل فى حق كل سبب كأن الأداء حصل لذلك السبب وحده ، مثل الحدّ سواء فإنه يُقام بعد زنيات منه ويُجعل فى كل زنا كأن الحدّ أقيم له وحده .

قالوا : وأما إذا كفّر عن الأول ثم وطء ثانياً وجبت الكفَّارة ، كما لو زنى فَحُدَّ ثم زنى ثانياً ، ولأن التكفير لما اتصل بالأول صار الأول كالعدم فصار الثانى بمنزلة الأول حين وُجِد .

قالوا : وأما إذا وطئ فى رمضانين يجب كفَّارة واحدة مثل ما لو زنا فى سنتين يُكتفى بحدٍّ واحد .

الجواب :

أما قولهم : « عقوبة » .

قلنا : إن ادّعوا (أنها عقوبة محضة) [1] فلا يصح ، لأنها تتأدّى بمحض العبادة وهو الصوم فلا يكون عقوبة محضة ، وإن ادَّعوا أن فيها معنى العقوبة ، فمسلّم ، لكن لِمَ قالوا : يلحق بالعقوبة المحضة وهو الحد ؟

وقولهم : « إنه يسقط بالشُبهات » .

إن عَنوا بكلٍ شُبهة ، فليس كذلك ، لأن أعظم الشبهات المِلْك ، ولا يسقط به حتى لو وطئ زوجته أو أمَته وجبت الكفَّارة عليه .

واعتذر بعضهم وقال : المسقط هو الشُبهة فى محل الجناية ولم يوجد ، لأن محل الجناية هو الصوم ولا شُبهة فيه ، وإنما وُجِدت الشُبهة فى آلة الجناية ، لأن منافع البُضْع آلة الجناية ، وكذلك المطعوم والمشروب ، فنظيره

---

(١) ما بين القوسين نقلاً من الأسرار : ورقة ٢٧٣/أ (شهيد على) .

أن لو قُتلَ إنسان بسيف مملوك له فلا يكون ذلك شُبهة ، وأيضاً فإن الصوم إنما يَحْرُم فى الوطء فى المِلْك ، وإذا كان تأثيره فى التحريم فى المِلْك ، فكيف يصير المِلْك شُبهة ؟

وكلاً العذرين ليس بشئ ، لأنَّا ندَّعى وجود شُبهة الإباحة ، والمِلْك مبيح لقيام المِلْك لا بد أن يوجب شُبهة ، مثل ما لو وطئ أمَته المجوسية أو كانت أخته من الرضاع لا يجب الحدّ لقيام المِلْك ، وبطل العذر الثانى أيضاً بهذه المسألة ، لأن التمجس والرضاع إنما يوجبان التحريم فى المِلْك أيضاً ، ومع ذلك صار المِلْك شُبهة ، ومِلْك السيف لا يبيح القتل به بحال حتى يصير شُبهة . وأما الذى ادَّعوا من سقوط الكفَّارة بالغلظ ، فلأن فى الكفَّارة معنى العقوبة فى الجملة ، فأما إسقاطها بكل شُبهة وإلحاقها بالعقوبة المحضة فلا يصح ذلك بحال .

وإذا ثبت هذا فنقول :

غاية كلامهم إلحاق الكفارة بالحدّ ، والتداخل فى الحدّ على خلاف / القياس لأن الأصل أن كل شيئين اجتمع وجوبهما اجتمع وجوب أدائهما ، فإن عُدِلَ عن هذا الأصل فى موضع بدليل لا يُلحق به ما ليس فى معناه . ٥٧/أ

يبيِّنه : أن الكفَّارة واجب مالى وليس فى الواجبات المالية تداخل فى موضع ما .

وأما الحدّ إيلام وإيجاع يجوز أن يكتفى بالواحد احترازاً من الإهلاك لأنها إذا اجتمعت أهلكت ، وهذا لا يوجد فى الحقوق المالية فاعتبر فيها ما هو الأصل ، والله أعلم .

❊ ❊ ❊

(مسألة)

إذا انفرد الواحد برؤية هلال رمضان لزمه الصوم عندنا [(١)] .

وإذا أفطر فيه بالوطء لزمته الكفّارة [(٢)] .

وعندهم : لا يلزمه [(٣)] .

لنا :

إنه أفطر فى يوم من رمضان بالوطء فتلزمه الكفّارة .

دليله : إذا كان فى اليوم الثانى ، والدليل على أن هذا اليوم من رمضان أنه يلزمه أن يصومه من رمضان مثل ما يلزمه الثانى .

والمعتمَد فى المسألة أن الكفّارة واجب بينه وبين ربه فيُعتبر فيه ما ألزمه ربه ، وما يعتقده فيما بينه وبين ربه ، والله تعالى قد ألزمه أن يصوم فى هذا اليوم من رمضان وهو يعتقد فى نفسه أنه من رمضان فلو سقطت الكفّارة لسقطت لأن هذا اليوم ليس من رمضان عند سائر الناس ،

(١) المهذب : ٢٤٣/١ ، الأم : ٨١/٢ ، المجموع : ٣٠٢/٦ ، حلية العلماء : ١٥٢/٣ ، شرح السُنَّة : ٢٤٨/٦ ، وأحمد فى أظهر القولين عنه ، وهو قول المالكية فى حالة التعمد . الإشراف للبغدادى : ١٩٧/١ ، قوانين الأحكام ص ١٣٤ ، الكافى فى فقه أهل المدينة : ٣٣٥/١ ، المغنى : ٤١٦/٤ ، الإفصاح : ٢٣٥/١ .

(٢) المجموع : ٣٠٢/٦ ، وهو قول المالكية والحنابلة ، الإشراف للبغدادى : ١٩٧/١ ، قوانين الأحكام ص ١٣٤ ، المغنى : ٤١٦/٤ .

(٣) الأسرار : ورقة ٢٧٠/أ (شهيد على) ، المبسوط : ٦٤/٣ ، بدائع الصنائع : ٩٨٦/٢ ، رؤوس المسائل ص ٢٣٤ .

وما عند الناس لا يُعتبر فى الواجب الذى سبيله هذا ، بدليل ما لو إجتمع قوم على شراب فيشربونه وأحدهم يعلم أنه خمر يلزمه الحدّ ، وكذلك إذا زُفّت إليه امرأة وهو يعلم أنها أجنبية ، وسائر الناس يظنون أنها امرأته ، وكذلك إذا رأى الصبح وحده وأفطر بالوطء وعند سائر الناس أنه ليل .

وأما حُجَّتهم :

قالوا : (إنه مفطر بشَبهة فلا تلزمه الكفّارة ، كمسألة الغالط فى السَحَر والإفطار) [١] .

والدليل على أنه مفطر بشبهة دلائل :

منها : قوله صلى اللّه عليه وسلم : « صومكم يوم تصومون ... » [٢] وهذا يقتضى أن لا يصح صومه إلا مع الجماعة إلا أنه قُدِّم عليه قوله عليه السلام : « صوموا لرؤيته وأفطروا لرؤيته » [٣] ، لأنه إذا

---

(١) ما بين القوسين نقلاً من الأسرار : ٢٧./ب (شهيد على) - ببعض التصرف .

(٢) رواه الدارقطنى فى سننه : ١٦٤/٢ ، والبغوى فى شرح السنة : ٢٤٧/٦ ، ٢٤٨ .

واين ماجه فى سننه : ٥٣١/١ ، فى باب « ما جاء فى شهرى العيد » .

والترمذى فى سننه : ٢١٦/٣ ، ٢١٧ ، مع العارضة فى باب « الصوم يوم تصومون والفطر يوم تفطرون » .

قال أبو عيسى : « هذا حديث حسن غريب ، وفسّر بعض أهل العلم هذا الحديث فقال : إنما معنى هذا أن الصوم والفطر مع الجماعة وعظم الناس » ا . هـ .

وقد استدل به الدبوسى فى أسراره : ورقة ٢٧١/أ (شهيد على) .

(٣) رواه البخارى فى صحيحه : ١١٩/٤ ، مع الفتح فى باب « قول النبى ﷺ : إذا رأيتم الهلال .... » . =

تعارض دليلان أحدهما يوجب الصوم ، والآخر لا يوجب ، فالموجب أولى احتياطاً للعبادة فنفى ظاهراً بخبر شُبهة فى درء الكفَّارة ، مثل قوله عليه السلام : « أنت ومالك لأبيك » [١] ، قُدِّم عليه قوله عليه السلام : « كل امرئ أحق بماله من ولده ووالده وسائر الناس أجمعين » [٢] ولكن بقى ظاهره شُبهة فى درء الحدّ .

فإن قلتم : إن معنى قوله : « صومكم يوم تصومون ... » يعنى صوم كل إنسان يوم صومه ، ويكون هذا تعطيلاً للخبر ، لأن هذا لا يخفى على أحد ، ولأن المراد من الخبر ذكر الأحكام التى تتعلق بالجماعة مثل قوله : « أضحاكم يوم تضحون وعرفتكم يوم تعرفون » [٣] وإن ادعيتم النسخ ، فليس عليه

= ومسلم فى صحيحه : ١٩٣/٧ مع النووى ، فى باب « وجوب صوم رمضان لرؤية الهلال » .

والترمذى فى سننه : ٢٠٠/٣ مع العارضة فى باب « ما جاء : لا تقدّموا الشهر بصوم » .

والنسائى فى سننه : ١٠٧/٤ ، ١٠٨ فى باب « إكمال شعبان ثلاثين إذا كان غيم » .

والدارمى فى سننه : ٣/٢ فى باب « الصوم لرؤية الهلال » .

والإمام أحمد فى المسند : ٢٥٩/٢ ، ٢٦٣ ، ٢٨١ ، ٢٨٧ ، ٤١٥ ، ٤٢٣ ، ٤٣٠ ، ٤٣٨ ، ٤٥٤ ، ٤٥٦ ، ٤٦٩ ، ٤٩٧ .

(١) رواه ابن ماجه فى سننه : ٧٧٩/٢ .

وأحمد فى المسند : ١٨٢/١١ بتحقيق أحمد شاكر .

(٢) رواه الدارقطنى فى سننه : ٢٣٦/٤ ولفظه : « كل أحد أحق بماله من والده ، وولده ، والناس أجمعين » . ا . هـ .

(٣) قال ابن حجر فى التلخيص (٢٥٦/٢) : رواه الشافعى عن مسلم بن خالد عن ابن جريج قال : قلت لعطاء : رجل حَجّ أول ما حَجّ فأخطأ الناس بيوم النحر أيجزئ =

دليل ، وإنما يكون بالنقل ، بل تقابل ظاهران فقدّمنا أحدهما فى إلزام الصوم ، لما ذكرنا واعتبرنا الآخر وأسقطنا ما يسقط بالشُبهة .

ومنها : أن اليوم من شعبان فى حق سائر الناس فلم يكن من رمضان مطلقاً بل كان من رمضان من وجهٍ لا من وجهٍ فتقاصرت حُرْمته فتقاصرت الجناية بالوطء فيه أيضاً ، وهذا لأن ما يجب بالجناية الكاملة لا يجب بالجناية المتقاصرة .

يبيِّنه : إنه لما لم يكن من رمضان فى حق سائر الناس لخلل فى الدليل القائم أنه من رمضان ، لأنه لما انفرد بدعوى الرؤية مع مساواة الناس إياه فى النظر وموقفه ، وحِدَّة النظر وموضع المنظور إليه ، دلَّ أنه لم يكن لرؤيته حقيقة بل كان نوع خيال ، كما روى فى حديث عمر رضى الله عنه أنه مسح حاجب مَنْ كان يدّعى رؤية الهلال ثم قال : أين الهلال ؟ فقال : فَقَدتُه ، فقال : « تلك شعره قامت من حاجبك »[1] .

قالوا : وبهذا فارق المسائل التى قلتم واستشهدتم بها ، لأنه لا خلل فى الدليل فى تلك المسائل فاعتبر ما عنده من الدليل ، وما يزعم فى اعتقاده .

ومنها : أن القاضى قَضَى بكون هذا اليوم من شعبان ، لأن الردّ يدخل تحت القضاء بدليل أنه لو شهد لإنسان فى حادثة فرُدّ لفسقٍ ظهر منه ثم تاب وأعاد لا يُقبل لجريان القضاء برده وإذا دخل الردّ تحت القضاء دخل موجبه أيضاً ، وهو كون اليوم من شعبان فصار القضاء شُبهة ، لأنه يقضى بدليل شرعى يقوم له فأشبه قضاء برد من الشرع .

= عنه ؟ قال : نعم ، قال : وأحسبه قال : قال رسول الله ﷺ : « فطركم يوم تفطرون وأضحاكم يوم تضحون » ، قال : وأراه قال : « وعرفة يوم تعرفون » ا . هـ .

(١) ذكره ابن قدامة فى المغنى : ٤/٤٢١ .

الجواب :

أما الخبر ، قلنا : هو ضعيف فى الإسناد فإن مداره على الواقدى [1] وهو ضعيف [2] .

وقد روى أبو داود فلم يذكر قوله : « صومكم يوم تصومون » [3] ، ولأنه تُرِك لقوله عليه السلام : « صوموا لرؤيته » ، وإذا تُرِك بدليل آخر فلا يصير صورته شُبهة ، لأن الصورة لا تصير شُبهة عندنا بحال . وأما سقوط الحدّ عن الأب لم يكن بقوله : « أنت ومالك لأبيك » وهذا أيضاً خبر مرسل ، وإنما كان ثبوت حقه فى مال ولده على ما ذكرنا فى النكاح ، ولأن قوله : « أنت ومالك لأبيك » لم يصير شُبهة فى سقوط الحدّ إذا زنا بالبنت .

٥٧/ب فإن قالوا : « الإضافة / إلى الوالد إضافة كرامة » .

قلنا : صورة اللام للمِلْك ، وقد قيل : إن معنى الخبر هو النهى عن صوم يوم الشك .

وأما دليلهم الثانى :

قلنا : هو فى حقه من رمضان على الإطلاق من كل وجهٍ ، وهذا لأنه تيقن برؤيته قطعاً ، ونقول له : إن تيقنت فعليك الكفّارة .

---

(١) محمد بن عمر بن واقد الأسلمى الواقدى المدنى القاضى نزيل بغداد ، متروك مع سعة علمه ، من التاسعة ، مات سنة ١٨٧ هـ .

روى له ابن ماجه ، انظر : التقريب ص ٣١٣ .

(٢) قاله الدارقطنى فى السنن بعد رواية الحديث : ٢/١٦٤ .

(٣) انظر سنن أبى داود : ٢/٧٤٣ ولفظه : « وفطركم يوم تفطرون وأضحاكم يوم تضحون ، وكل عرفة موقف ... » ا . هـ

وقوله : « إنه تفرَّد من بين سائر الناس » .

قلنا : تفرده جائز بالإجماع [١] ، ولهذا المعنى جاز للقاضى أن يقبل وإذا قبل لزم جميع الناس صوم اليوم فصارت هذه المسألة مثل سائر المسائل التى قلناها .

ودعوى الخلل فى الدليل باطل ، لأن تشكيك المتيقن لا معنى له .

وأما دليلهم الثالث فنقول :

أولاً : لا قضاء ، إنما وُجِدَ ترك قبول فحسب ، ومسألة الردّ كذا نقول ، وإنما لم تُقبل شهادته بعد توبته لمعنى آخر ثم يبطل بما لو شهد أربعة من الشهود على رجل بالزنا ورجم الإمام المشهود عليه ، ثم رجع أحدهم فإنه يُحَدّ مع قيام القضاء بزناه ، بدليل أنه لو قذفه إنسان لا يُحَدّ ، لأنه محكوم بزناه ولا محيص لهم عن هذا ، لأن ما قالوه : إن القضاء انفسخ فى حق الراجع وإن كان انفسخ فى حق الراجع فى تلك المسألة فلم يوجد ههنا فى حق الزانى أصلاً ، فنقول : لو أن هذا الرائى صام ثلاثين يوماً ولم ير الناس الهلال يجوز له أن يفطر على أصح الوجهين [٢] ، لكن يفطر فى مكان لا يراه الناس [٣] ، والله تعالى أعلم بالصواب .



---

(١) قال ابن رشد فى بداية المجتهد (١/٢٨٥) : « أجمع العلماء على أن مَنْ أبصر هلال الصوم وحده أن عليه أن يصوم إلا عطاء بن أبى رباح فإنه قال : لا يصوم إلا برؤية غيره » ا. هـ .

(٢) عند الشافعية انظر : المهذب : ١/٢٤٣ .

(مسألة)

إذا تمضمض الصائم واستنشق ولم يبالغ وسبق الماء إلى حلقه لم يفسد صومه عندنا [1] .

وعندهم : يفسد [2] .

وكذلك لو أكره على الأكل والشرب أو صُبَّ الماء في حلقه لم يفسد عندنا [3] .

وعندهم : يفسد [4] .

لنا :

أنه لو فسد صومه لكان يفسد بوجود المناقض لصومه ولم يوجد ، لأن العبادة فعل الكف عن الأكل والشرب ولم يوجد ما ينافي الكف ، لأنه كاف عن الأكل والشرب على ما أمر به وإنما وُجِدَ سبقُ الماء إلى حلقه بغير

---

(١) النكت : ورقة ٩٢/أ ، المجموع : ٦/ ٢٩٠ ، قال النووي في المجموع : « أما إذا بالغ فالصحيح عندنا بطلان صومه » ا . هـ .

وبه قال الحنابلة (المغني : ٣٥٦/٤) .

انظر فتح الباري : ١٥٥/٤ .

(٢) الأسرار : ورقة ٢٦٢/أ (شهيد علي) ، المبسوط : ٦٦/٣ ، بدائع الصنائع : ١٠٠٩/٢ ، وهو قول المالكية ، الأشراف للبغدادي : ٢٠٣/١ .

(٣) النكت : ورقة ٦٢ / أ ، المجموع : ٦ / ٢٩٠ ، قال النووي : هو الأصح عندنا .

(٤) بدائع الصنائع : ١٠٠٨/٢ ، الأسرار : ورقة ٢٦٢/أ (شهيد علي) .

فعله أو وُجِدَ صَبّ الماء فى حلقه ولا فعل له فى هذا بل يُتصوّر فيما كان نائماً فَصُبّ الماء فى حلقه .

وعندهم : يبطل صومه فى هذه الصورة أيضاً .

وأما إذا أكره على الأكل والشرب فنقول :

فعله وإن وُجِدَ لكن جعل فعله كالمعدوم مثلما صار فعله كالمعدوم فى حق لحوق الإثم ، وصار فعله كالمعدوم فيما لو أكره على إتلاف مال الغير حتى وجب الضمان على الُمكرِه دون المكرَه ، فثبت أنه لم يوجد ترك فعل العبادة أصلاً فى هذه الصور كلها ، وإذا ثبت أنه لم يوجد ترك فعل الكف ، لم يبطل صومه لأنه لو بطل بطل بما قلناه ولم يوجد فلا يبطل ونستدل بالناسى فإنه لا يبطل صومه .

والعذر فى هذه المسائل أظهر منه فى الناسى ، لأن فى صورة الناسى قد وُجِدَ منه فعل ما يضاد الكف إلاّ أنه مع نسيان العبادة .

وأما ههنا فلم يوجد منه فعل ما ينافى الكف أصلاً فإذا لم يبطل فى الصورة الأولى كذلك فى هذه الصورة .

ونظير مسألتنا : إذا طارت الذباب فدخلت حلقه لم يفسد صومه لما بينّا [(١)] .

وأما حُجّتهم :

قالوا : وصل المغذّى إلى جوفه مع ذكره للصوم فوجب أن يبطل صومه .

دليله : المخطئ ، وصورة الخطأ فى المسألتين المعروفتين وهى أنه لو

---

(١) انظر المجموع : ٦/ ٢٩٠ ، الأسرار : ورقة ٢٦٣/ب (شهيد على) .

تسحّر على ظن أن الفجر لم يطلع ثم ظَهَرَ أنه طَلَعَ [١] ، أو أفطر على ظن أن الشمس قد غربت ثم تبيَّن أنها لم تغرب .

وأما الفقه لهم :

هو أنه فات معنى الصوم فى هذه المسائل فيفوت الصوم ، وهذا لأن قيام الصوم بقيام معناه ، فإذا فات معناه لم يُتصوّر بقاءه .

يبيِّنه : أنه لو فاتت صورة الصوم بأن تناول حصاة أو نواة لم يبق الصوم فإذا فات معناه فى مسألتنا أولى أن لا يبقى ، لأن قيامه بمعناه أكثر من قيامه بصورته .

وإنما قلنا : « إن معناه فات ، لأن معنى الصوم هو الكف عن قضاء الشهوة فإذا حصل قضاء الشهوة وُجِدَ الفوات معنى » ، وفى هذه المسائل وُجِدَ قضاء الشهوة وفات معنى الصوم .

فإن قلتم : ربما كان الفعل تناول لقمة أو تناول حبة حنطة وبهذا لا يحصل قضاء الشهوة .

قلنا : قد وُجِدَ من جنس ما يقضى به الشهوة ، والمعتَبر وجود جنس ما يقضى به الشهوة وإذا وُجِدَ بفعله وُجِدَ فوات الصوم صورةً ومعنىً ، وإذا وُجِدَ لا بفعله وُجِدَ فوات الصوم معنى ، وإن لم يوجد صورةً وفى الموضعين يبطل الصوم .

قالوا : (وأما إذا أكل أو شرب ناسياً فقد وُجِدَ ما ينافى الصوم صورةً ومعنىً إلا أنه بقى الصوم بالنص ، وههنا لا نص)[٢] . فلو بقى بقى بمجرد الصورة مع فوات المعنى وهذا لا يجوز .

---

(١) انظر الأسرار : ورقة ٢٦٤/أ (شهيد على) .

(٢) ما بين القوسين نقلاً من الأسرار : ٢٦٣/أ (شهيد على) .

قالوا : وليس كما لو طارت ذبابة إلى حلقه ، لأنه لم يوجد فوات الصوم لا صورة ولا معنى ، أما الصورة فلأن الحاصل حاصل بغير فعله ، وأما المعنى فلأن قضاء الشهوة لم يوجد لأن الذبابة ليست من جنس ما تُقضَى به الشهوة .

الجواب :

إن قولهم : فات / الصوم معنى لا نسلّم ، لأن معنى الصوم وصورته فى فعله حتى إن مَنْ جاع أو عطش من غير نيّة منه للصوم لا يقال وُجِدَ له معنى الصوم ، وكذلك إذا صام ولم يجع ولم يعطش لا يقال لم يوجد له معنى الصوم . ٥٨/أ

فدلَّ أن معنى الصوم وصورته فى فعله ، وذلك الفعل هو فعل الكف ، وفوات المعنى والصورة فى فوات فعل الكف ولم يوجد فوات فعل الكف فى المسائل التى اختلفنا فيها فلم يفت الصوم لا صورة ولا معنى على ما ذكرنا .

والحرف أن وجود قضاء الشهوة لا بفعله ساقط ومجعول كالعدم ، لأن الصوم لم يكن حصوله لا بفعله بل حصوله بفعله فيكون فواته بفعله .

فإن قالوا : إذا تمضمض واستنشق فقد وُجِدَ فعله فى سبب سبق الماء إلى حلقه .... [1] السبق كأنه حصل بفعله مثل ما لو قَبَّل أو أنزل .

قلنا : المضمضة والإستنشاق فعلان مطلقان شرعاً فما يؤديان إليه مما لا فعل له فيه لا يجعل كالحاصل بفعله ، كما لو حفر بئراً فى مِلْكه فوقع فيه إنسان ، هذا إذا لم يبالغ ، أما إذا بالغ فهو فعل محظور فيجعل ما يؤدّى إليه كأنه حصل بفعله كما لو حفر بئراً فى مِلْك غيره ثم وقع فيه إنسان .

---

(١) بياض فى المخطوط .

وأما فصل الناسى فهو لازم على ما سبق .

وقولهم : « إنه لم يفسد الصوم بالنص » .

قلنا : قد ذكر فى النص : « أن اللّه تعالى أطعمه وسقاه » [1] ، ولما كان الواصل بفعل غيره لم يفسد صومه ، فكذلك ههنا وصل الواصل بفعل غيره فلا يفسد أيضاً ، وهذا كلام حسن مستخرج من النص فإن قوله عليه السلام : « فإن اللّه أطعمه وسقاه » [1] .

يبيِّنه : أن كل ما يحصل من هذا الجنس بفعل غير الصائم لا يفسد صومه .

وقد تعلق الأصحاب بقوله عليه السلام : « رُفِعَ عن أُمتى الخطأ والنسيان وما استُكْرِهوا عليه » [2] .

---

(١) رواه البخارى فى صحيحه : ٥٥/٤ مع الفتح ، فى باب « الصائم إذا أكل أو شرب ناسياً » .

ومسلم فى صحيحه : ٣٥/٨ مع النووى فى باب « أكل الناسى وشربه وجِماعه لا يُفطر » .

وأبو داود فى سننه : ٧٩٠/٢ مع المعالم ، فى باب « مَنْ أكل ناسياً » .

والدارمى فى سننه : ١٣/٢ ، فى باب « فى مَنْ أكل ناسياً » .

وابن ماجه فى سننه : ٣٣٥/١ ، فى باب « ما جاء فى مَنْ أفطر ناسياً » .

والإمام أحمد فى مسنده : ٤٢٥/٢ ، ٤٨٩ ، ٤٩١ ، ٤٩٣ .

والبغوى فى شرح السُنَّة : ٣٩١/٦ ، فى باب « الصائم إذا أكل ناسياً » .

(٢) رواه ابن ماجه فى سننه : ٦٥٩/١ ، باب « طلاق المُكْرَه والناسى » .

والطحاوى فى شرح معانى الآثار : ٥٦/٢ .

والحاكم فى المستدرك : ١٩٨/٢ ، بلفظ : « إن اللّه تجاوز لأمتى .... » .

انظر : طرقه والكلام عليها فى نصب الراية : ٦٤/٢ ، ٦٥ .

ووجه التعلق به ما سبق .

وهم حملوا هذا على الإثم [1] وادَّعوا أن المُقْتَضَى لا عموم له .

ونحن نقول : إن الخبر يقتضى رفع عين ما وقع فيه الخطأ والنسيان فإذا لم يرتفع مشاهدةً يرتفع حكماً ، وإذا ارتفع حكماً لم يبق له حكم .

وأما فصل الخاطئ فهو خارج على ما قلناه ، لأنه قد وُجِدَ منه فعل ينافى الصوم . والله أعلم .

* * *

(١) انظر : المبسوط : ٦٧/٣ .

(مسألة)

المجنون إذا أفاق فى بعض الشهر فى رمضان لا يلزمه قضاء ما مضى من الشهر عندنا [1] .

وعندهم : يلزمه [2] .

لنا :

إن خطاب الإيجاب لم يتناول المجنون فى حال جنونه فإذا أفاق فالخطاب فى حقه إبتداءً إيجاب فلا يتناول الزمان الماضى .

دليله : الصبى إذا بلغ فى خلال الشهر فإنه لا يلزمه قضاء ما مضى من الشهر [3] ، كذلك ههنا ، ثم الدليل على أن الإيجاب بخطاب الشرع أن

---

(١) النكت : ورقة ٩٣/أ ، المجموع : ٢٠٧/٦ ، قال النووى : « على الأصح من الوجهين ، وقيل : من القولين » ا . هـ .

وهو أحد القولين عن أحمد (المغنى : ٤١٥/٤) .

وقال الإمام مالك : يقضى ذلك ، قال البغدادى فى إشرافه (٢٠٥/١) : « فإذا أفاق لزمه قضاؤه سواء أكان فبل البلوغ أو بعده ، أفاق قبل إنقضاء الشهر أو بعده » ا . هـ .

(٢) الأسرار : ورقة ٢٥٥/ب (شهيد على) ، وقال الدبوسى : « لزمه صوم الشهر كله استحساناً عندنا » .

مختلف الرواية : ورقة ٥٣ / ب ، المبسوط : ٧٠/٣ ، بدائع الصنائع : ١٠٠٣/٢ .

(٣) قال النووى فى المجموع : « وفى وجوب قضائه وجهان : الصحيح المنصوص فى البويطى ، وحرملة : لا يجب ، وقال ابن سريج : يجب » (٢٠٨/٦) .

هذه عبادة من العبادات السمعية فلا تجب إلاّ بسمعٍ ولا سمعَ إلاّ بخطاب الشرع ، ولأنه لا دليل يدل على الوجوب سوى الخطاب .

أما العقل فليس فيه دليل على وجوب الصلاة والزكاة والصوم والحج على هذا الوجه ، وكذلك فى سائر العبادات .

وأما دخول وقت الظهر ، ووجود المال ، وشهود الشهر ووجود البيت ، فليس فى ذلك إلا وجود وقتٍ أو وجود مكانٍ وليس فى الأوقات والأمكنة ما يدل على وجوب واجب فلم يبق سوى خطاب المعبود عبادة بفعل العبادة ، وهذا أقوى دليل يوجد ، لأن المالك له حق استعباد مماليكه لقضاء حقوقه وأداء حق عبوديته ، وهذه الأوامر من الاستعباد ، وللمالك حق تصريف عبده فى عبوديته .

يدل عليه : أن أصل الإيمان يجب بخطاب الشرع ، فكذلك فروعه وشرائعه ، فدلَّ أن الوجوب بخطاب الشرع ولا خطاب على المجنون بدليل قوله عليه السلام : « رُفِعَ القلم عن ثلاث : عن الصبى حتى يبلغ ، وعن النائم حتى ينتبه ، وعن المجنون حتى يفيق » [1] ، لأن المجنون ليس من

---

(١) رواه البخارى تعليقاً : ١٢٠/١٢ ، مع الفتح فى باب « لا يرجم المجنون والمجنونة » .

وأبو داود فى سننه : ٥٥٨/٤ مع المعالم فى باب « فى المجنون يسرق أو يصيب حداً » .

وابن ماجه فى سننه : ٦٥٨/١ فى باب « طلاق المعتوه والصغير والنائم » .

والترمذى فى سننه : ١٩٥/٦ مع العارضه فى باب « ما جاء فيمن لا يجب عليه الحد » .

والنسائى فى سننه : ١٢٧/٦ ، فى باب « مَنْ لا يقع طلاقه من الأزواج » .

والدارمى فى سننه : ١٧١/١ ، فى باب « رُفِعَ القلم عن ثلاثة » .

وأحمد فى المسند : ١١٦/١ ، ١١٨ ، ١٤٠ ، ١٥٥ ، ١٥٨ ، ١٠٠/٦ ، ١٠١ .

أهل الخطاب لأنه لا يعقل الخطاب فيصير خطابه بمنزلة خطاب البهائم فيكون سَفَهاً وعَبَثاً .

والحرف أن الخطاب بالفعل إنما يصح مع مَنْ هو أهل الفعل ، والخطاب بالعبادات خطاب بفعل العبادات بدليل قوله تعالى : ﴿ وَأَقِيمُواْ الصَّلاَةَ وَآتُواْ الزَّكَاةَ ﴾ [١] ، وقال تعالى فى الصوم : ﴿ فَمَن شَهِدَ مِنكُمُ الشَّهْرَ فَلْيَصُمْهُ ﴾ [٢] .

وقوله : ﴿ فَلْيَصُمْهُ ﴾ أمر بالفعل ، وكذلك الحج : ﴿ وَلِلَّهِ عَلَى النَّاسِ حِجُّ الْبَيْتِ مَنِ اسْتَطَاعَ ... ﴾ [٣] ، معناه فعل الحج ، وإذا كان خطاباً بفعل العبادة فَمَنْ لا يكون من أهل فعل العبادة لا يُتصوّر معه خطاب فعل العبادة .

وأما حُجَّتهم :

قالوا : (الجنون آفة معجزة عن فهم الخطاب ، فلا ينافى وجوب الصلاة والصوم ولا صحة الأداء إذا تصوّر كالنوم والإغماء ، وهذا لأن وجوب هذه العبادات بأسباب متحققة فى حق الناس أجمع كالشهر للصوم ، والوقت للصلاة ، والمال للزكاة) [٤] .

والدليل على أن الوجوب بهذه الأسباب : أن هذه الأحكام مضافة شرعاً إلى هذه الأسباب ، والإضافة المطلقة دليل على / أن الوجوب بها . ٥٨/ب

---

(١) سورة المزمل : جزء من آية ٢٠ .

(٢) سورة البقرة : جزء من آية ١٨٥ .

(٣) سورة آل عمران : جزء من آية ٩٧ .

(٤) ما بين القوسين نقلاً من الأسرار : ورقة ٢٥٦/أ (شهيد على) .

يبيِّنه : أن اللّه تعالى قال : ﴿ أَقِمِ الصَّلَاةَ لِدُلُوكِ الشَّمْسِ ﴾ [١] واللام في مثل هذا تُذكر للتعليل ، كما يقال : اضربه لأنه لصّ ، وتوضأ للصلاة ، وتأهب للشتاء .

ويدل عليه : أن الوجوب يتكرر بتكرر هذه الأسباب ، والأمر بالفعل لا يقتضى التكرار ، وتكرار الشرط لا يوجب تكرر الحكم ، فدلَّ أن التكرار إنما كان لأن السبب تكرر والأصل أن السبب إذا تكرر فلا بُدَّ من تكرر المسبب ويصير وجوده ثانياً وثالثاً مع وجوده أولاً مثل تكرر القتل واليمين وتكرر سائر الأسباب الموجبة للأحكام ، (وهذه أسباب متحققة بنفسها فينفذ حكمها وهو الوجوب على مَنْ هو أهل له ، والآدمى يصير أهلاً للوجوب عليه بالذّمة ، والذّمة لا تختل بالجنون فإنه يلزمه حقوق الناس ولا تبطل حقوقه لكن الأداء شرط وهو القدرة ، ويكون وجوبه بالخطاب ، وأمر الشرع لا يجب على العاجز والذى لا يفهم الخطاب ، لأن الخطاب لا يصح فى حق مَنْ لا يفهم ، وهذا كالنائم تلزمه العبادات ولا يلزمه الأداء حتى لو مات ، كذلك لا يؤاخذ به ، ومثاله : ابن السبيل تلزمه الزكاة فى المال الذى خلّفه فى بلده ولا يلزمه الأداء لأن الوجوب بملكه القائم وهو ثابت ، والأداء باليد ولا يد ، وهو كالبائع يقول للمشترى : اشتريتَ فأدِّ الثمن ، فالأداء يلزمه بالأمر والوجوب بالشراء) [٢] .

(ولا يلزم إذا استغرق الجنون الشهر ، لأن القضاء إنما يسقط بسبب الحَرَج ، لأن الجنون مما يمتد كالصبا) [٣] وقد يقصر كالإغماء فلا بد من

---

(١) سورة الإسراء : جزء من آية ٧٨ .

(٢) ما بين القوسين نقلاً من الأسرار : ورقة ٢٥٦/أ ، ب (شهيد على) مع بعض التصرف .

(٣) ما بين القوسين نقلاً من الأسرار : ورقة ٢٥٦/ب (شهيد على) .

فارق بين المديد والقصير (فاعتبر أصحابنا [١] فى الفارق بين المديد والقصير بالشهر ، لأنه وقت كل الصوم وبعده إنما يوجد التكرار والتضاعف ، واعتبروا فى الصلاة ست صلوات ، لأن وقت كل الصلاة يوم وليلة وهو قصير فى نفسه فقدّروا تعدد الصلاة واعتبروا أن يدخل فى حدّ التكرار والتضاعف) [٢] ، وإذا ثبت هذا فنقول :

إذا استوعب الجنون كل الشهر أُلحق بالصبى لأنه قد امتد وطال فلو لم تسقط العبادة عنه لتضاعف القضاء عليه وحُرِّج فسقط بسبب الحَرَج ، ولهذا سقط بسبب الصبا ، لأنه يطول فلو أوجبنا القضاء بعد البلوغ أدَّى إلى حَرَج عظيم .

قالوا : (وأما الكافر إذا أسلم إنما سقط عنه القضاء بعد الإسلام بقوله تعالى : ﴿ قُل لِّلَّذِينَ كَفَرُوٓاْ إِن يَنتَهُواْ يُغْفَرْ لَهُم مَّا قَدْ سَلَفَ ﴾ [٣] ، ولأن الكافر ليس له أهلية وجوب العبادات) [٤] ، لأنه ليس من أهل موجبها على ما ذكروا فى أصول الفقه ، وفى موضع آخر . فأما المجنون من أهل العبادات وجوباً ، لأنه من أهل الجنة ولأنه يبقى له الإسلام وسائر العبادات بعد الجنون لينال بها الثواب فى الآخرة بخلاف الكافر .

قالوا : وإذا ثبت هذا الأصل فنقول :

(إذا جُنّ الصائم فى خلال اليوم صحّ يومه ، لأن الركن بعد النيّة ترك المفطرات فى اليوم ، وأنه متصوّر من المجنون ، كما هو متصوّر من العاقل

---

(١) فى الأسرار : « علماؤنا » .

(٢) ما بين القوسين نقلا من الأسرار : ورقة ٢٥٦/ب (شهيد على) .

(٣) سورة الأنفال جزء من آية ٣٨ .

(٤) ما بين القوسين نقلاً من الأسرار : ورقة ٢٥٦/ب (شهيد على) .

ولما تصوّر الركن وهو بالجنون لم يخرج من أهلية العبادة صحَّ الصوم منه كما يصح من النائم والمغمى عليه .

والدليل على أنه لم يخرج من أهلية العبادة أنه مؤمن والمؤمن من أهل تعبد اللّه تعالى ، ولأنه أهل الجنة ، والجنة جزاء العبادة) [1] فإذا كان من أهل موجب العبادة كان من أهل العبادة .

قالوا : وكذلك إذا أفاق فى بعض الشهر وجب عليه قضاء ما مضى لما بينّا أن الوجوب قد سبق ، والجنون إنما تأثيره فى منع خطاب الأداء وتأخير خطاب الأداء غير مانع من الوجوب ، لأن خطاب الأداء يجوز أن يتأخر عن الوجوب كما بيّنا فى المغمى عليه والنائم ، وكذلك الحائض فى حق الصوم ، وهذا لأن الوجوب يستدعى فائدة ليتحقق فى نفسه .

وخطاب الأداء سواء اتصل بزمان الوجوب أو تأخر فالفائدة قد تحققت واستقام تحقيق الوجوب مع تأخر خطاب الأداء ثم أفاق وقدر على الأداء فالآن يتوجه خطاب الأداء للواجب السابق بمنزلة المغمى عليه سواء .

هذه جملة كلامهم فى هذه المسألة ذكرناها مع زيادة بسط ، لأنه كلام يُحتاج إليه فى هذه المسألة ، ويدخل أيضاً فى مسائل كثيرة فاحتاج إلى زيادة بسط وشرح ليوقف على حقيقته .

قالوا : (وأما الخبر فهو حُجَّة عليكم ، لأنه جمع بين الصبى والمجنون والنائم وأثبت فيهم رفعاً واحداً فيجب أن يكون حكمه فيه متفقاً ثم النوم أخّر الأداء حتى لم يأثم بتركه ولم يسقط أصل الوجوب فكذلك الصبى [2] والمجنون) [3] .

---

(١) ما بين القوسين نقلا من الأسرار : ورقة :٢٥/ب ، ٢٥٧/أ (شهيد على) .

(٢) فى الأسرار : « الصبا » .

(٣) ما بين القوسين نقلاً من الأسرار : ورقة ٢٥٧/ب (شهيد على) .

قالوا : وأما فى حق الصبى فأهلية الوجوب فى حقه موجودة بوجود الذّمة إلاّ أن الصبا [١] مما يمتد فصار الصبا [٢] عذراً مسقطاً للوجوب لئلا يُحَرَّج الصبى فى القضاء بعد القدرة والبلوغ ، فصار سقوط الوجوب / عن الصبى بدلالة أخرى .

٥٩/أ

قالوا : ونحن لا ننكر أن يسقط الوجوب بعد وجود السبب والأهلية بدليل آخر .

الجواب :

أنَّا بيّنا أن الوجوب بخطاب الشرع هذا هو محز الكلام ومفصل الخصام وقد دلّلنا عليه .

يدل عليه : أن هذه الأسباب قد كانت ولا وجوب دلَّ أن بالخطاب وجبت العبادات .

يبيِّنه : أن هذه العبادات ما عُرِفت واجبة إلاّ بخطاب الشرع فكيف يقال إنها لَمْ تجب بخطاب الشرع ؟ لكن خطاب الشرع وُجِدَ عقيب هذه الأسباب فصارت هذه الأسباب علامات وأمارات للوجوب بخطاب الشرع ، وأيضاً فإن العبادات فى الابتداء لا تجب على مَنْ لم يبلغه الخطاب وهو الذى أسلم فى دار الحرب ولم يهاجر إلينا ، ولو كان الوجوب بوجود الأسباب دون الخطاب لوجبت عليه العبادات ، وهذا حرف معتمَد ، فإن البلوغ شرط الوجوب ، والمجنون لا يُتصوّر بلوغ الخطاب إليه ، لأنه ليس فى نفسه بأهل معرفة الخطاب .

---

(١) فى المخطوط : « الصبى » ، والتصويب من المحقق .

(٢) فى المخطوط : « الصبى » ، والتصويب من المحقق .

واعتذر أبو زيد عن هذا الفصل وهو اعتبار البلوغ فى الابتداء فى الأسرار [1] قال : نحن إنما جعلنا هذه الأشياء أسباباً للوجوب بجعل اللّه تعالى إياها أسباباً وقد وَرَدَ خطاب الشرع بجعل هذه الأسباب أسباباً غير أن شرع الخطاب والعلم به شرط ، (لأنه أوسع للامتثال قِبل العلم ولا علم للناس قبل البلوغ ، فإذا انعدم العلم لخفاء الخطاب من قِبل اللّه تعالى ، أو لم يظهره بعدُ لم يلزم الناس ، فأما بعد الظهور فالخفاء على البعض غير معتبر لسقوط الحكم عنه ، لأن التبليغ إلى كل شخص متعذر على الرسول ﷺ فلم يجب تبليغه إلى كل أحد وتعلّق صيرورته سبباً موجباً بوجود الإظهار فى الناس حتى يصير بحيث يوجد فى الناس وقام ذلك مقام البلوغ عاماً) [2] .

واعتذروا عن مسألة الحربى إذا أسلم فى دار الحرب وقالوا : إنما سقط عنه الوجوب أيضاً دفعاً للحَرَج ، لأن مقامه فى دار الحرب قد يطول ولا يجد مَنْ يوقفه على العبادات فلو وجبت عليه من غير علم اجتمعت عليه عبادات كثيرة ، ويقع فى حَرَج عظيم لقضائها فسقط الوجوب دفعاً للحَرَج حتى لو أسلم فى دار الحرب ومضت عليه أيام ولم يشعر بوجوب العبادات عليه وجب القضاء عليه ، لأنه لا يؤدى إلى الحَرَج فإنه يجد مَنْ يوقفه عليها ويُعلمه إياها .

والجواب عن كِلاَ الكلامين سهل .

وقد ثبت أن بلوغ الخطاب شرط الوجوب باعترافهم بذلك ولا بلوغ فى حق المجنون .

---

(١) انظر : الأسرار : ورقة ٢٥٧/أ (شهيد على) .

(٢) ما بين القوسين نقلاً من الأسرار : ورقة ٢٥٧/أ (شهيد على) .

وقولهم : « إنه لا يعتبر ظهور الخطاب فى الناس » .

قلنا : يجوز أن يقال هذا فيمن هو محل البلوغ إلاّ أنه لم يبلغه لما ذكروا أن التبليغ إلى كل أحد حرَج .

فأما مَنْ ليس بمحل البلوغ ولا هو من أهل الخطاب فلا يجوز إثبات الوجوب فى حقه ، لأن مَنْ هو من أهل الخطاب ومحل البلوغ يجوز أن يجعل الخطاب كأنه قد بلغه دفعاً للحَرَج .

فأما مَنْ هو بمنزلة بهيمة فى الخطاب ولا يُتصوّر أن يبلغه محسوساً لا يجوز أن يُجعل فى حقه بمنزلة الواصل البالغ والمجنون بهذه المنزلة . وأما الحَرَج الذى يعتمدون عليه فى دفع المسائل الإلزامية ، ففى نهاية الضعف ، لأن الشرائع بُنيَت على الحَرَج ، وما من تكليفٍ إلاّ وفيه حَرَج فلا يجوز أن يُجعل هذا أصلاً لإسقاط الواجبات عند وجوده ، وإثبات الواجبات عند وجوده وإثبات الواجبات عند انتفائه .

وأما الآية وهو قوله تعالى : ﴿ وَمَا جَعَلَ عَلَيْكُمْ فِى الدِّينِ مِنْ حَرَجٍ ﴾ (١) .

معناه أنه لم يوجب على عباده شيئاً لا سبيل لهم إلى الخروج عنه وهو منى قوله تعالى : ﴿ لاَ يُكَلِّفُ اللَّهُ نَفْساً إلاَّ وُسْعَهَا ﴾ (٢) .

وأما استدلالهم فى أن الوجوب بالأسباب لأجل ورود الشرع بالإضافة المطلقة .

قلنا : الإضافات للإعلام ، ونحن لا ننكر أن هذه الأوقات والأمكنة

---

(١) سورة الحج : جزء من آية ٧٨ .

(٢) سورة البقرة : جزء من آية ٢٨٦ .

علامات للوجوب بإيجاب اللّه تعالى فكانت الإضافة مشعرة بمجرد الإعلام .

وأما التكرار بتكرر الأسباب فنقول :

إن الأمر قد يفيد التكرار عند اقتران دليل به يوجب التكرار وإنما قالوا : إن الأمر المطلق الخالى عن قرينة لا يفيد التكرار ، فأما [1] لم يقل أحد إنه لا يجوز أن يكون مفيداً للتكرار عند اقتران دليل به فوجب التكرار ، وهذه الواجبات المتكررة من هذا النمط .

وأما قولهم : « إن الوجوب يحصل بوجود هذه الأسباب والخطاب بالأداء يتأخر » .

فنقول : ليس أصل الإيجاب إلاّ بخطاب الأداء ، لأن الإيجاب لا بد وأن يلاقى شيئاً وليس يلاقى إلاّ الفعل ، فكيف يُتصوّر أن يفصل الوجوب عن خطاب الأداء ؟

والدليل عليه : أنّا إذا تأملنا فى خطاب الشرع لم نرها إلاّ خطاباً بالفعل مثل قوله تعالى : ﴿ وَأَقِيمُواْ الصَّلَاةَ وَآتُواْ الزَّكَاةَ ﴾ [2] ، وقوله : ﴿ فَلْيَصُمْهُ ﴾ [3] ، وقوله تعالى : ﴿ وَلِلّهِ عَلَى النَّاسِ حِجُّ البَيْتِ ﴾ [4] .

فدلّ أن الوجوب ليس إلاّ إيجاب الفعل إلاّ أنه يتضيق مرة ويتسع أخرى ويُطلق له التأخير بعذر .

---

(١) كذا فى المخطوط ولعله : « فإنه » .

(٢) سورة المزمل : جزء من آية ٢٠ .

(٣) سورة البقرة : جزء من آية ١٨٥ .

(٤) سورة آل عمران : جزء من آية ٩٧ .

٥٩/ب وأما مسألة الإغماء والنوم فنحن لا نقول إن / الخطاب متوجه عليهما في حال الإغماء والنوم بل يتوجه بعد الإفاقة والانتباه ، وكذلك الحائض في حق الصوم ، وهذا لأن القضاء إنما يجب بأمر جديد .

فإن قالوا : « قد سمى قضاء فلا بد من وجوب سابق » .

قلنا : لفظ القضاء والأداء في المعنى واحد على ما عُرِف ، ولأنه سمى قضاء ليقوم هذا الفعل مقام مَنْ فعل هذا الواجب في وقته المسمى ويلتحق به حكماً .

فأما أن يكون لما قلتم فلا ، وعلى هذا الأصل نقول :

إذا نوى الصوم ثم طرأ الجنون في بعض اليوم بطل صومه ، لأن الأهلية تفوت بالجنون ولا يجوز وجود الصوم من الإنسان مع فوات الأهلية .

وأما عندهم : لا يبطل صومه ، لأن بطريان الجنون لا تفوت الأهلية والكلام في الجانبين قد سبق بيانه . والله أعلم .

* * *

(مسألة)

صوم التطوع لا يلزم بالشروع عندنا (١) .

وعندهم : يلزم بالشروع (٢) .

وفائدته : أنه لا يجب عليه عندنا أن يمضى فيه لكن يُستحب له ذلك ، ولو أفسده لم يجب عليه القضاء .

وعندهم : يلزمه أن يتمه ولو أفسده وجب عليه القضاء .

---

(١) المهذب : ٢٥٤/١ ، النكت : ورقة ٩٣/ب ، الأم : ٨٨/٢ ، المجموع : ٣٦٤/٦ ، وقال النووى فى المجموع : « وبهذا قال عمر ، وعلى ، وابن مسعود ، وابن عمر ، وابن عباس ، وجابر بن عبد الله ، وسفيان الثورى ، وأحمد ، وإسحاق .... » .

قال الترمذى فى سننه : « وهو قول سفيان الثورى وأحمد وإسحاق ، والشافعى » .

انظر : السنن : ٢٦٩/٣ مع العارضة ، معالم السنن : ٨٢٤/٢ ، المغنى : ٤١٠/٤ .

(٢) الأسرار : ورقة ٢٧٥/ب (شهيد على) ، بدائع الصنائع : ١٠١٦/٢ ، المبسوط : ٦٨/٣ .

وقال المالكية : إن أفطر بغير عذر فعليه القضاء ، وإن أفطر لعذر فلا قضاء عليه (الإشراف للبغدادى : ٢١٠/١ ، الكافى فى فقه أهل المدينة : ٣٥٠/١) .

لنا :

حديث سماك [1] بن حرب عن ابن [2] أم هانى عن أم هانى قالت : « كنت قاعدة عند رسول الله ﷺ فأُتى بشراب فشرب منه ثم ناولنى فشربتُ منه ، فقلت : إنى أذنبتُ فاستغفر لى ، فقال : وما ذاك ؟ فقلتُ كنتُ صائمة فأفطرته ، قال : أمن قضاء كنتِ تقضينه ؟ قلتُ : لا ، قال : فلا يضرك [3] إذاً » .

رواه أبو عيسى فى جامعه بهذا الإسناد [4] ، قال : « وفى الباب عن أبى سعيد الخدرى وعائشة » [5] .

وروى هذا الحديث من وجه آخر عن أم هانى [6] أن النبى عليه السلام

---

(١) سماك بن حرب بن أوس الذهلى البكرى الكوفى أبو المغيرة ، صدوق وروايته عن عكرمة خاصة مضطربة ، وقد تغيَّر بآخره فكان ربما لقن .

من الرابعة ، مات سنة ١٢٣ هـ ، روى له مسلم والبخارى تعليقاً وأصحاب السنن ، (انظر : التقريب ص ١٣٦) .

(٢) ابن أم هانى : هارون من ولد أم هانى ، مجهول ، من الثالثة ، روى له النسائى (انظر : التقريب ص ٣٦٢) .

(٣) هذه اللفظة ليست فى سنن الترمذى .

(٤) انظر سنن الترمذى : ٢٦٧/٣ ، ٢٦٨ مع العارضة فى باب « ما جاء فى إفطار الصائم المتطوع » .

والدارمى فى سننه : ١٦/٢ ، فى باب « فى مَنْ يصبح صائماً تطوعاً ثم يفطر » .

والإمام أحمد فى المسند : ٤٢٤/٦ .

وقد استدل به الشيرازى فى نكته : ورقة ٩٣/ب .

(٥) انظر سنن الترمذى : ٢٦٨/٣ مع العارضة .

(٦) أم هانى بنت أبى طالب الهاشمية ، اسمها فاختة ، وقيل : هند ، لها صحبة وأحاديث ، ماتت فى خلافة معاوية (التقريب ص ٤٧٧) .

قال : « الصائم المتطوع أمير نفسه إن شاء صام وإن شاء أفطر » [١] .

وروى أبو عيسى أيضاً بطريق بشر [٢] بن السرى عن سفيان عن طلحة [٣] بن يحيى عن عائشة بنت طلحة عن عائشة أم المؤمنين قالت : كان رسول اللّه ﷺ يأتينى فيقول : « عندك غداء ؟ [٤] ، فأقول : لا ، فيقول : إنى صائم ، قالت : فأتانى يوماً ، فقلتُ : يا رسول اللّه ، إنه قد أُهديت لنا هدية ، قال : وما هى ؟ قلتُ : حيس ، قال : أما إنى أصبحت صائماً ، قالت : ثم أكل » [٥] .

قال : « وهذا حديث حسن » [٦] ، وفى إسناد الخبر الأول مقال [٧] .

---

(١) انظر سنن الترمذى : ٢٦٨/٣ مع العارضة .
والحاكم فى المستدرك : ٤٣٩/١ ، وقال : « حديث صحيح الإسناد ولم يخرجاه » .
وقال الذهبى فى التلخيص : « صحيح وما عارض هذا لا يصح » .

(٢) بشر بن السرى أبو عمرو الأموى ، بصرى سكن مكة ، وكان واعظاً ثقة متقن ، طُعِنَ فيه برأى جهم ، ثم اعتذر وتاب ، من التاسعة ، مات سنة ٢٩٥ هـ ، روى له البخارى فى الأدب المفرد (انظر : التقريب ص ٤٤) .

(٣) طلحة بن يحيى بن طلحة بن عبيد اللّه التيمى المدنى ، نزيل الكوفة ، صدوق يخطئ ، من السادسة ، مات سنة ١٤٨ هـ ، روى له أصحاب الكتب الستة (انظر : التقريب ص ١٥٨) .

(٤) كذا فى المخطوط وفى السنن : « أعندك غداء » ؟

(٥) انظر سنن الترمذى : ٢٦٩/٣ ، ٢٧٠ مع العارضة فى باب « صيام المتطوع بغير تبييت » .
وقد استدل به الشيرازى فى نكته : ورقة ٩٣/ب .

(٦) انظر سنن الترمذى : ٣/ ٢٧٠ مع العارضة .

(٧) قاله الترمذى فى سننه : ٢٦٩/٣ ، ولفظه : « وحديث أم هانى فى إسناده مقال » .

وروى أبو داود الخبر الأول من طريق يزيد [١] بن أبى زياد عن عبد الله [٢] ابن الحارث عن أم هانى ... وذكر فى آخره : « ولا يضركِ إن كان تطوعاً » [٣] .

وذكر الخبر الثانى ، وقال فيه : « وقال طلحة بن يحيى : وأصبح صائماً وأفطر » [٤] .

وروى الدارقطنى الخبر الثانى برواية الثورى عن طلحة بن يحيى ، ثم قال : « إسناد هذا الخبر صحيح » [٥] .

وأما تعلقهم بالحديث الذى رواه جعفر [٦] بن برقان [٧] عن الزهرى

---

(١) فى المخطوط : « زيد » ، والتصويب من سنن أبى داود .

يزيد بن أبى زياد الهاشمى مولاهم الكوفى ، ضعيف ، كبر فتغير صار يتلقن ، وكان شيعياً ، من الخامسة ، مات سنة ١٣٦ هـ .

روى له البخارى تعليقاً ومسلم وأصحاب السنن (انظر : التقريب ص ٣٨٢) .

(٢) عبد الله بن الحارث بن نوفل بن الحارث بن عبد المطلب الهاشمى أبو محمد المدنى أمير البصرة ، له رؤية ، ولأبيه وجده صحبة ، قال ابن عبد البر : أجمعوا على توثيقه ، مات سنة ٩٩ هـ - ويقال : سنة ٨٤ هـ - روى له أصحاب الكتب الستة .

(انظر : التقريب ص ١٧٠) .

(٣) انظر سنن أبى داود : ٨٢٥/٢ ، ٨٢٦ مع المعالم فى باب « فى الرخصة فى ذلك »

(٤) انظر سنن أبى داود : ٨٢٤/٢ ، ٨٢٥ مع المعالم فى باب « فى الرخصة فى ذلك » .

(٥) انظر سنن الدارقطنى : ١٧٧/٢ .

(٦) جعفر بن برقان الكلابى أبو عبد الله الرقى ، صدوق يهم فى حديث الزهرى ، من السابعة ، مات سنة ١٥٠ هـ روى له البخارى فى الأدب المفرد ومسلم وأصحاب السنن (انظر : التقريب ص ٥٥) .

(٧) فى المخطوط : « ثوبان » ، والتصويب من سنن الترمذى .

عن عروة عن عائشة رضى اللّه عنها قالت : « كنتُ أنا وحفصة صائمتين فعرض لنا طعام اشتهيناه فأكلنا منه ، فجاء رسول اللّه ﷺ فبدرتنى حفصة وكانت بنت [1] أبيها ، فقالت : يا رسول اللّه ، إنَّا كنا صائمتين فعرض لنا طعاماً فاشتهيناه فأكلنا منه ، فقال : اقضيا يوماً مكانه » [2] .

وتعلَّقوا بالخبر الذى رواه الدارقطنى [3] بإسناده عن محمد بن عمرو ابن العباس الباهلى عن سفيان بن عيينة عن طلحة بن يحيى عن عمته عائشة [4] عن عائشة أم المؤمنين قالت : دخل علىّ رسول اللّه ﷺ فقال : « إنى أريد الصوم وأهدى لى [5] حيس ، فقال : إنى آكل وأصوم يوماً مكانه » [6] .

وروى أيضاً بإسناده عن إبراهيم [7] بن عبيد قال : صنع أبو سعيد

---

(١) فى سنن الترمذى (٣/ ٢٧٠) : « ابنة » .

(٢) رواية الترمذى فى سننه : ٣/ ٢٧٠ مع العارضة ، فى باب « ما جاء فى إيجاب القضاء عليه » .

ومالك فى الموطأ : ٢/ ٦٧ مع المنتقى فى « قضاء التطوع » .

(٣) انظر سنن الدارقطنى : ٢/ ١٧٧

(٤) يعنى عائشة بنت طلحة .

(٥) فى سنن الدارقطنى : « له » .

(٦) انظر سنن الدارقطنى : ٢/ ١٧٧ .

(٧) إبراهيم بن عبيد بن رفاعة بن رافع بن مالك بن العجلان الزرقى الأنصارى ، صدوق ، من الرابعة ، روى له مسلم (انظر التقريب ص ٢١ ، ٢٢) .

الخدرى طعاماً فدعى النبى عليه السلام وأصحابه فقال رجل من القوم : إنى صائم ، فقال له رسول اللّه ﷺ : « صنع لك أخوك وتكلّف لك أخوك ، أفْطِرِ وصُمْ يوماً مكانه » [1]

الأخبار ضعيفة .

أما الخبر الأول : فقد رواه مالك ومعمر وعبد اللّه بن عمر وزياد بن سعد وغير واحد من الحفاظ عن الزهرى عن عائشة مرسلاً ، وهذا أصح ، لأنه روى عن ابن جريج قال : سألتُ الزهرى فقلتُ له : أحدثك عروة عن عائشة ؟ قال : لم أسمع عن عروة ولكن أخبرنى به رجل على باب سليمان ابن عبد الملك عن عروة) [2] .

وقيل : أسنده زُميل مولى عروة بن الزبير [3] وهو مجهول [4] .

وقد حمل الأصحاب أمر النبى عليه السلام فى هذا الخبر على الندب [5] .

وأما الخبر الثانى : قال الدارقطنى : « تفرَّد بروايته على الوجه الذى قالوا - محمد بن عمرو بن العباس الباهلى - ولم يتابع عليه ،

(١) رواه الدارقطنى فى سننه : ٢/١٧٧ .

(٢) ما بين القوسين نقلاً من سنن الترمذى : ٢/٢٧١ مع العارضة .

(٣) وقد روى ذلك أبو داود فى سننه : ٢/٨٢٦ مع المعالم ، وقال بعد أن ساق السند : « عن زُميل مولى عروة عن عروة عن عائشة » ا . هـ .

(٤) قاله الخطابى فى المعالم : ٢/٨٨٦ .

(٥) منهم الشافعى فى الأم : ٢/٨٨ ، والشيرازى فى نكته : ورقة ٩٤/أ ، والخطابى فى المعالم : ٢/٨٢٦ .

وخالفه الثقات ولعله شُبِّه عليه » [1] ، والأصح من الخبر هو الرواية على الوجه الذى قدَّمنا .

وأما الخبر الثالث : فإنما هو مرسل [2] ، فإن إبراهيم بن عبيد لم يلق أبا سعيد [3] ، والمرسل لا يكون حُجَّة ، وأما الكلام من حيث المعنى نقول : هو بالإفطار تارك للتطوع فلا يجب عليه شئ .

دليله : إذا ترك فى الابتداء ، وإنما قلنا : إنه تارك ، لأن الصوم هو فعل الكف والإمساك عن الأكل والشرب فإذا أكل أو شرب فقد ترك فعل الصوم فثبت أنه لم يوجد منه إلاّ / مجرد الترك لصوم التطوع . ٦٠/أ

ويدل عليه : أن مباشرة التطوع ليس له حكم سوى صحته شرعاً ، فأما اللزوم فليس عليه دليل ، لأن اللزوم إنما يكون بإلزام الشرع أو بالتزام العبد ذلك ولم يوجد واحد منهما ، وإنما هو متبرع ، فنهاية ما فيه أن تصح مباشرته لذلك بقدر تبرعه .

فأما الذى لم يباشر فبقى على العدم ولم يتصل به التزام من قِبَله ولا إلزام من قِبَل الشرع ، ولا اتصل به أيضاً مباشرة من قِبَله فصار الباقى فى حقه بمنزلة الجميع إذا لم يباشر شيئاً منه فلم يجب عليه مباشرة صوم بقية اليوم عليه لما لم يكن واجباً عليه فعله من الصوم فى أول اليوم ، فصار الحرف لنا : أن ما بقى من صوم اليوم له حكم ما مضى فإذا لم يكن لما مضى حكم سوى الصحة ولم يقض بوجوبه عليه بل قبل كان متبرعاً

---

(١) انظر سنن الدارقطنى : ١٧٧/٢ .

(٢) قاله الدراقطنى فى السنن : ١٧٧/٢ .

(٣) انظر تهذيب التهذيب : ١٤٣/١ ، ١٤٤ .

بفعله إن شاء فعله وإن شاء لم يفعله فكذلك فى الباقى من اليوم يكون حكم صومه كذلك .

فإن قالوا : « إن عندنا إذا وجد شروعه يجب عليه صوم جميع اليوم » .

قلنا : يلزمكم الجزء الأول من الصوم ، ونحن نعلم قطعاً أنه لم يكن واجباً عليه ، فكذلك سائر أجزاء الصوم ، ولما كان الخيار إليه فى الجزء الأول ، فكذلك يكون الخيار إليه فى الباقى من اليوم ، لأن الكل صوم تطوع فيكون حكم الكل واحداً .

وأما حُجَّتهم :

قالوا : الصوم عبادة يلزم بالنذر ، فيلزم بالشروع .

دليله : الحج ، وألزموا الحج على جميع ما قلنا .

قالوا : وأما قولكم : « إن الحج لا يمكنه الخروج عنه » .

قال : ليس كذلك ، فإن بالإفساد قد خرج عن الحج الصحيح ، وإنما بقى فى حج فاسد ووجوب القضاء بفوات الصحة ، وهى مثل أصل الصوم فى مسألتنا ، وعلى أنه وإن لم يمكنه الخروج عنه إلاّ بالفعل لكنه قد أدَّى الحج بأفعاله المعهودة ، فالحج الذى لا يمكنه الخروج عنه إلاّ بالفعل ، وقد فعله فلماذا يجب عليه القضاء ؟ وحين وَجَبَ دلَّ أنه إنما وجب أن الشروع سبب ملزم بمنزلة النذر ، وقد قرنوا الشرع بالنذر .

قالوا : قد اتصل عزيمة الفعل بالشروع ، لأنه لا يشرع فى صوم النفل إلاّ وهو على عزيمة إتمامه وإكماله .

والعزيمة مشعر بوجوب المعزوم عليه ، ولهذا قال : أعزم أو أعزم باللّه

يكون يميناً قال اللّه تعالى : ﴿ فَإِذَا عَزَمَ الأَمْرُ ﴾ [١] معناه حق ووجب .

ويقول الإنسان لغيره : عزمتُ عليك لتفعلن - أى أوجبت - فأشبه النذر الذى هو صريح الالتزام .

وأما المعتمد فى المسألة من حيث المعنى أن إبطال العبادة محظور بدليل قوله تعالى : ﴿ وَلاَ تُبْطِلُواْ أَعْمَالَكُمْ ﴾ [٢] ، ولأن مَنْ فعل فعلاً بطلب رضا معبوده ثم قصد إبطاله فقد تعرّض لسخط ربه ، وإذا ثبت أن إبطال العبادة محظور فنقول : ما مضى من الصوم فى اليوم عبادة ، لأنه فعل الصوم قطعاً ، وكذلك إذا شرع فى صلاة النفل هو فعل الصلاة قطعاً ، وهذا لأن الإمساك من أول النهار إلى آخره فعل الصوم وإن كان تمامه آخره ، وكذلك أداء الصلاة من أولها إلى آخرها فعل الصلاة وأن تمامها بتمام الأفعال .

وإذا ثبت أنه فعل الصوم فيكون عبادة ، لأن فعل العبادة عبادة ، وإذا كان عبادة حرم إبطالها ووجب حفظها وحفظ ذلك بفعل الباقى من الصوم ، لأنه إذا لم يفعل ذلك كان مبطلاً لما مضى من الصوم ، وقد بيّنا أنه محظور فلزم فعل الباقى لهذا الوجه وإذا لزم فإذا تركه وجب قضاؤه وأشبه المنذور الذى قدّمنا .

قالوا : وليس كما لو شرع فى الصوم على ظن أنه عليه ثم تبين أنه ليس عليه ، لأن الشروع إنما يكون ملزماً إذا لاقى غير واجب مثل النذر إنما يكون ملزماً إذا لاقى غير لازم ، وإذا شرع على ظن أن المشروع فيه

---

(١) سورة محمد : جزء من آية ٢١ .

(٢) سورة محمد : جزء من آية ٣٣ .

عليه فشروعه لاقى واجباً عليه ، لأن المعتبر ما عنده لا ما عند اللّه تعالى . ألا ترى أن مَنْ كان عنده أنه لم يُصَلِّ الظهر وقد صَلَّى ونسى فإنه يلزمه فعله ولو لم يفعل يأثم ويحمل وزره وبمثله لو لم يكن فعله وكان عنده أنه فعله لم يكن عليه شئ بتركه .

وإذا ثبت أن الشروع لاقى واجباً عليه لم يكن ملزماً مثل ما لو نذر أن يؤدى شيئاً واجباً عليه وعنده أنه عليه ثم تبيَّن أنه ليس عليه يبطل نذره وإذا تبيَّن أن الشروع ليس بملزم وتبيَّن أنه ليس عليه لم ينقلب نذره ملزماً ، وكان القياس الأصلى يقتضى أن يرتفع صومه أصلاً إلاّ أن اللّه تعالى تفضَّل ومنَّ عليه بأن لم يبطل عليه صومه وجعله له نافلة ، وليس من مقتضى التفضل والمنّة أن يلزمه ما لم يلتزمه فلم يكن له حكم سوى حصوله فإن مضى عليه تم الحصول ، وإن أفسده لم يكن عليه شئ ، لأنه لم يوجد سبب يوجب عليه شيئاً .

أما ههنا وُجِدَ سبب الوجوب على ما سبق .

قالوا : وليس يلزم على هذا العذر إذا شرع فى الحج على ظن أنه عليه ثم تبيَّن أنه ليس عليه فإن / هذا لا يوجد فى الحج ، فإن الحج يحتاج إلى مشقة شديدة وقطع مسافة بعيدة وتدخل فيه مدة مديدة فيبعد أن يشتبه عليه أنه فعل الحج أو لم يفعل ، ولئن وُجِد فهو نادر ، والنادر لا يُلتفت إليه .

٦٠/ب

وقد منع بعضهم جانب الصوم وقال : إذا شرع فيه على ظن أنه عليه ثم تبيَّن خلافه يلزمه مثل الحج ، وليس بمذهب ، والصحيح ما قالوا .

هذا جملة كلامهم ، ونهاية تحقيقهم .

الجواب :

أما التعلق باللزوم بالنذر ففى غاية الضعف ، لأن النذر التزام . وأما الشروع فليس بالتزام إنما هو مجرد مباشرة الفعل فلا يدل اللزوم بالالتزام على اللزوم بالمباشرة ، لأن الالتزام إذا صحَّ شرعاً اقتضى اللزوم فإن ما صحَّ شرعاً صحَّ بمعناه ومعناه اللزوم . فأما المباشرة المطلقة شرعاً فنهاية ما تقتضيه هو الصحة شرعاً ولا جَرَم .

قلنا : هو صحيح ، فأما لزوم ما يفعله فليس يدل عليه الشروع بحال .

يبيِّنه : أن النذر ما لم يلاق جميع اليوم لا يظهر فى اليوم حكم النذر فكذلك الشروع ما لم يلاق جميع اليوم وجب أن لا يظهر فيه حكم المباشرة وذلك بأن يتم صوم جميعه .

وأما قولهم : « بأن العزيمة تدل على الإيجاب » .

قلنا : لا يدل ، لأنه عزم أن يفعل ، والعزم لا يوجب شيئاً كما لو عزم أن يصلى كذا ركعة أو يصوم كذا يوماً ، وقد قال صلى الله عليه وسلم : « إن الله عفا عن أمتى ما حدَّثت به أنفسها ما لم تتكلم به » [1] .

والعزائم موضوعة من العباد فضلاً من الله تعالى ورحمةً ، وإنما الأحكام مبنية على أقوالهم وأفعالهم ، وهذا لأنه يجوز أن يقصد فعل شئ ولا يفعله ، كما يجوز أن يفعل شيئاً ثم يتركه ، فلا يدل العزم على وجوب المعزوم عليه ، كما لا يدل الفعل على وجوب المفعول .

وأما قولهم : « إن إبطال العبادات لا يجوز والذى فعله من صوم بعض النهار عبادة » .

---

(١) رواه ابن ماجه فى سننه : ٦٥٨/١ فى باب « مَنْ طلَّق فى نفسه ولم يتكلم به » .

قلنا : يجوز أن يقال إن عبادة الصوم لا توجد إلاّ بعد إتمام اليوم والكلام فى عبادة هو صوم ، وهذا كَمَنْ أخرج الدراهم من صندوقه أو كيسه بنيَّة الصدقة وقال للفقير : تصدقتُ بها عليك ، فإن هذه عبادة وطاعة ولكن لا يلزم به شئ ، لأنه إنما يصير عبادة الصدقة إذا وصل إلى الفقير ، كذلك ههنا إنما تصير عبادة الصوم إذا أتم صوم اليوم فعلى هذا يكون المفعول من إمساك بعض اليوم موقوفاً فإن أتم اليوم يكون صوماً وإلاّ لم يكن صوماً ، وهذا الجواب إنما يمكن تمشيته جِدَالاً لا تحقيقاً لأن فعل الصوم منه موجود ، وكيف لا يكون فاعلاً للصوم حقيقة وهو مأمور به وإذا لم يكن صوماً فى الحال لا ينقلب صوماً فى باقى الحال ، نعم يجوز [1] أن يقال : ليس بصوم تام ، وإنما يتم بتمام جميع النهار .

والمعتمد من الجواب أن هذا ليس بإبطال بل هو ترك لفعل الصوم فى المستقبل وله ذلك كما فى الابتداء .

وأما بطلان ما فعله فليس بإبطاله إنما يبطل حكماً ، لأن الشرع لم يقبل صوم بعض اليوم بحال فبطل هذا لإبطاله ، ويقال أيضاً : المفعول نفل فحفظه لا يزيد على درجة الأصل فإذا لم تكن لأصله درجة سوى الاستحباب فكذا بحفظه .

ونحن نقول : إنه يُستحب له أن لا يبطل صومه كما يُستحَب له فعله فى الابتداء .

وأما وجوب حفظه ، فساقط كما سقط فى الابتداء وجوب فعله والأول أولى ، وأما الصوم المظنون فلازم .

وقولهم : « إنه حصل النفل بطريق التفضل والمنّة » .

---

(١) فى المخطوط : « نحو » ، والتصويب من المحقق .

قلنا : كل الأشياء بمنّة من اللّه تعالى إلاّ أن الصوم حاصل له بفعله ، لأنه لا يُتصور حصوله بغير فعله ، وإذا حصل بفعله فوجب أن يكون فعله موجباً عليه الصوم على ما قلتم فى صوم النفل ابتداءً ثم فصل الحج داخل على عذرهم .

وقولهم : « إنه نادر فى الحج » .

قلنا : وهو نادر أيضاً فى الصوم .

وأما فصل الحج الذى قاسوا عليه .

قلنا : الفرق بالمظنون صحيح ، ولا عذر لهم يصح عنه أصلاً .

وأما من حيث المعنى فوجه العذر عنه أن الحج عبادة لازمة شرعاً بدليل أنه إذا دخل فيه لم يجز له الخروج عنه إلاّ بطريق مخصوص ، وذلك الطريق هو بفعل الأفعال المعهودة فإذا فعلها على الفساد جعل كالعدم فيلزمه أن يأتى مثلها صحيحاً شرعاً ليخرج عن ما لزمه شرعاً ، وذلك بأن يأتى بها بإحرام جديد ، لأن الإحرام الأول قد فسد ، والمبتنى عليه فاسد والخروج بالفاسد كان لضرورة إذ لو لم يخرج بالفاسد لبقى فيه أبداً فحكم بخروجه بما فعله من الأفعال على وصف الفساد للضرورة ولم يسقط الأمر بالخروج بالأفعال الصحيحة بإحرام صحيح فلزمه استئناف الإحرام وفعل الأفعال على وجه الصحة ليخرج على موجب الشرع وقضيته .

فهذا هو وجه الجواب عن الحج .

وأما الصوم فليس بلازم شرعاً ، وليس فيه دليل على اللزوم بوجهٍ ما على ما سبق .

واللّه تعالى أعلم بالصواب .

* * *

(مسألة)

٦١/أ / إذا نذر أحد يومى العيد أو أيام التشريق لم يصح نذره عندنا [١] .

وعندهم : يصح نذره [٢] ، ويصوم أيام أُخر بعد هذه الأيام ، وإن صام هذه الأيام خرج عن موجب نذره [٣] .

لنا :

إنه أضاف النذر إلى غير محله فيبطل ، كما لو نذر صوم الليالى بدل الأيام .

وإنما قلنا : « إنه أضاف النذر إلى غير محله » ، لأن المنذور هو الصوم وهذه الأيام ليست بمحل الصوم والدليل على أنها ليست بمحل الصوم أنه لا يحل صومها ، ولو صام كان صومه معصية ولو كان الأيام محل الصوم لجاز صومه طاعة ، ولم يتصور أن يكون معصية ، لأن فعل الصوم فى محل الصوم من أهل الصوم يكون قُربة فيستحيل أن يكون معصية .

ثم الدليل على ما قلنا أن الصوم عقد شرعى فلا يكون صحيحاً إلاّ بالشرع والشرع فى الصوم هو الإيجاب مرة ، والاستحباب أخرى وليس

---

(١) المهذب : ٢٥٤/١ ، النكت : ورقة ١٢٤/ب ، حلية العلماء : ١٧٨/٣ ، المجموع : ٣٩٦/٦ .

وهو قول الإمام مالك وأحمد ، الإشراف للبغدادى : ٢١٠/١ ، الكافى فى فقه أهل المدينة : ٣٤٦/١ ، المغنى : ٦٤٧/١٣ ، ٦٤٨ ، الإفصاح : ٢٤٨/١ .

(٢) الأسرار : ورقة ٢٥٧/ب (شهيد على) ، مختصر الطحاوى ص ٣٢٤ ، ٣٢٥ ، بدائع الصنائع : ٢٨٦٥/٦ ، رؤوس المسائل ص ٥٢٢ .

(٣) بدائع الصنائع : ١٠٦٥/٣ .

له رتبة دون هذا ولا إيجاب فى صوم هذا اليوم ولا استحباب بل هو منهى عنه بالنص الثابت فانتفى الشرع فى صوم هذه الأيام بالكلية وإذا لم يكن مشروعاً بوجهٍ لم يكن الفعل صوماً أصلاً ، لأن ما ثبت بالشرع لا يتصوّر صحته بدون الشرع .

وأما وجه تقريب هذه الأيام بالليالى هو أن هذه الأيام أيام الأكل بنص الرسول ﷺ فإنه قال : « إنها أيام أكل وشرب » (١) .

كالليالى زمان الأكل بنص الكتاب وهو قوله تعالى : ﴿ أُحِلَّ لَكُمْ لَيْلَةَ الصِّيَامِ الرَّفَثُ إِلَى نِسَائِكُمْ ... ﴾ إلى أن قال : ﴿ وَكُلُواْ وَاشْرَبُواْ حَتَّى يَتَبَيَّنَ لَكُمُ الْخَيْطُ الأَبْيَضُ مِنَ الْخَيْطِ الأَسْوَدِ مِنَ الْفَجْرِ .... ﴾ (٢) .

---

(١) رواه مسلم فى صحيحه : ١٧/٨ ، مع النووى فى باب « تحريم صوم أيام التشريق » .

وأبو داود فى سننه : ٨٠٤/٢ مع المعالم فى باب « صيام أيام التشريق » .

والنسائى فى سننه : ٩٢/٢ فى باب « تأويل قوله تعالى : ﴿ قَالَتِ الأَعْرَابُ آمَنَّا ، قُل لَّمْ تُؤْمِنُواْ وَلَكِن قُولُواْ أَسْلَمْنَا ﴾ » .

والطحاوى فى شرح معانى الآثار : ٢٤٤/٢ ، ٢٤٥ .

والترمذى فى سننه : ٦٣/٢ مع تحفة الأحوذى فى باب « كراهية صوم أيام التشريق » وقال : « هذا حديث حسن صحيح ، والعمل على هذا عند أهل العلم يُكَرِّهون صيام أيام التشريق إلا أن قوماً من أصحاب رسول الله ﷺ وغيرهم رخَّصوا للمتمتع إذا لم يجد الهَدْى ولم يصم العشر أن يصوم أيام التشريق وبه يقول مالك بن أنس ، والشافعى وأحمد وإسحاق » ا . هـ .

ورواه الإمام أحمد فى مسنده : ٢٢٩/٢ ، ٤٥١/٣ ، ٤٦٠ ، ٣٣٥/٤ ، ٧٥/٥ ، ٧٦ .

(٢) سورة البقرة : جزء من آية ١٨٧ .

فثبت أن أحد الزمانين كالآخر فإذا لم يصح النذر فى أحدهما لا يصح فى الآخر .

فإن قالوا : « إن أيام رمضان متعينة للصوم بالنص ومع ذلك تقبل ضده وهو الفِطر » .

قلنا : نعم ، متعينة للصوم لكن فعلاً فإذا لم يفعل لم يتصوّر الصوم .

وأما هذه الأيام متعينة للأكل إلاّ من حيث الفعل بدليل أنه لو لم يأكل فيها شيئاً لا حَرَج عليه مثل الليالى سواء ، وإنما معنى تعيينها للأكل هو نفى الصوم عنها ، بدليل أنه لا يأثم إلاّ عند الصوم مثل أيام رمضان متعينة لفعل الصوم فيها بدليل أنه ما لم يترك فعل الصوم لا يأثم فكما أن تعين أيام رمضان للصوم فعلاً يمنع خروجها عن محلية الصوم ، فكذلك تعين هذه الأيام للأكل يمنع ثبوت محلية الصوم لها .

أما حُجَّتهم :

قالوا : يوم ، فيكون محلاً للصوم .

دليله : سائر الأيام .

واستدلوا فى هذه الأيام محل الصوم بالنص والمعنى :

أما النص فلأن النبى عليه السلام نهى عن صوم هذه الأيام ، والنهى عن الشئ دليل على تكونه ، ألا ترى أنه لا يقال للأعمى لا تبصر وللآدمى لا تنظر ، لأنه لا يُتصورّ منهما ذلك ، ولأن النهى طلب الانتهاء والأمر طلب الفعل فصارت قضية الأمر ليصير الشئ حاصلاً بفعله ، وصارت قضية النهى ليصير الشئ منعدماً بكفه وتركه .

فإذا قلنا : إنه لا يكون محلاً للصوم لم يكن لانعدامه بفعله وكفه .

وأما المعنى : فلأن اليوم إنما صار محلاً للصوم ، لأنه بياض نهار .

والدليل عليه : أن الصوم عبادة كف النفس عن قضاء الشهوات وإنما يكون عبادة بالكف عن قضاء الشهوات فى زمان قضاء الشهوة والنهار زمان قضاء الشهوة ، فأما الليل هو زمان الاستراحة ولأن العبادة عبادة مخالفة النفس الأمَّارة بالسوء ، ومخالفة النفس بفعل على خلاف العادة أو بكف خلاف العادة ، وذلك يكون وجوده فى النُّهُر دون الليالى .

فثبت أن ما به صار الصوم صوماً موجود فى هذه الأيام إلاّ أنه نهى عن الصوم فيها لمعنى فى غير الصوم وهو تحقيق إجابة الداعى فإن الناس أضياف اللّه تعالى فى هذه الأيام ، وقد دعاهم إلى الأكل لتحقيق الضيافة ونهاهم عن الصوم لتحقيق الإجابة وإذا كان النهى لمعنى فى غيره لم يوجب فوات الصوم أصلاً أو خروج الأيام عن محليّة الصوم ، وهذا كالصلاة فى الأرض المغصوبة ، وكالبيع وقت النداء ، والطلاق زمان الحيض ، والإحرام وقت الوطء .

قالوا : وقولكم : « إن الصوم فى هذه الأيام معصية » .

قلنا : بلى ، ولكن معصية لغيرها لا لعينها مثل الصلاة فى الأرض المغصوبة ، وكالبيع وقت النداء إذا كانت معصية لغيرها لا لعينها لم يوجب ذلك انتفاء الصحة مثل هذه المسائل .

وربما يقولون : الصوم فى هذه الأيام مشروع بأصله لا بوصفه ، ومعنى قولنا : « مشروع بأصله » لأنه مشروع من حيث أن اليوم يوم .

ومعنى قولنا : « إنه غير مشروع بوصفه » فإنه غير مشروع من حيث أن اليوم يوم عيد أو يوم فطر وأكل ، والعيد وصف اليوم ، إلاّ أنه وصف لا يزايل اليوم فمن حيث أنه وصف العيد كان الصوم غير مشروع فصار فعله معصية ، واتصف بالحظرية والقبحية ومن حيث أصل الصوم .

٦١/ب قلنا : يكون محل .... [١] عذراً له فيصح / نذره وإن أضاف النذر إليه .

يبيِّنه : أن عندنا إنما يصح نذره من حيث أصله لا من حيث وصفه ، وليس كما لو شرع فى صوم هذه الأيام ، لأن الشروع إنما يوجب الصوم بدليل المنع من إبطاله شرعاً ، والصوم فى هذه الأيام لما كان قبحاً محظوراً أطلق له تركه ولم يجب حفظه ففات المعنى الموجب فلم يجب . وأما النذر فهو واجب بالالتزام ، والالتزام قد وُجِد من أهله فى محله ، أما الأهلية معلوم ، وأما المحلية لما سبق من قبل .

قالوا : وأما إذا شرع فى الصلاة فى الأوقات المنهية فإنما لم تجب ، لأن سبب الوجوب هو الشروع ، والشروع بالتكبير والتكبير ليس من الصلاة التى نهى عنها فلزمت الصلاة به ، وههنا نهى عن الصوم والشروع فى الصوم صوم فلم يكن الشروع موجباً لورود النهى ، ولا يكون موجباً عندنا لا لعينه بل بواسطة وجوب حفظه فإذا لم يجب حفظه ، لأنه منهى عنه لم يكن سبباً للوجوب .

قالوا : وأما إذا قضى صوماً فى هذه الأيام إنما لم يجز ، لأنه لما كان مشروعاً بأصله دون وصفه كان الصوم فيه ناقصاً ، والواجب عليه من القضاء واجب كامل فلم يتأدَّ الكامل بالناقص إلاّ أن فى مسألتنا إذا صام هذه الأيام إنما خرج عن موجب النذر ، لأنه قد أضاف الصوم إليها والخروج لحق الإضافة .

قالوا : وليس كما لو نذرت أن تصوم يوم حيضها ، لأن اليوم هناك قابل للصوم إلاّ أن فساد النذر فى هذه الصورة إنما كان ، لأن الناذر ليس

---

(١) كلمة غير مقرؤة فى المخطوط .

بأهل للصوم فإن طهارتها عن حَدَث الحيض شرط لتصير أهلاً لفعل الصوم مثل طهارة الرجل عن الحَدَث شرط ليصير أهلاً لفعل الصلاة .

وقد استدل بعض مشايخهم على كون هذه الأيام محل الصوم : بأن تخللها فى صوم شهرى التتابع يقطع التتابع ، ولو لم يكن محلاً للصوم لم يقطع ، كما نقول فى الليالى إذا تخلّلت ، ومعتمدهم الأول .

الجواب :

أما قولهم : يوم » .

قلنا : اليوم اسم زمان ومثل هذا لا يصلح لبناء الشرعيات عليه ، كقول القائل : وقت ، أو قطعة زمان وما أشبه ذلك .

وأما استدلالهم بالنهى وهو معتمدهم .

قلنا : إنما صحَّ النهى ، لأنه يتحقق محسوساً وإن لم يتحقق مشروعاً ، وهذا لأن الصوم له حقيقتان : حقيقة حسّية ، وحقيقة شرعية ، فصحَّ النهى لوجود الحقيقة الحسيّة ثم كان عمل النهى فى نفى الحقيقة الشرعية على ما سبق بيانه .

وسؤالهم على هذا أن النهى وَرَدَ عن الصوم ، والصوم هو الصوم الشرعى لا الصوم الحسى فاقتضى النهى وجود ما هو الصوم حقيقة .

قلنا : قد كان يقتضى ذلك إلاّ أنه لا يمكن إثبات الصوم الشرعى بعد ورود النهى عنه لما بيّنا .

ثم الجواب المعتمد تحقيقاً :

إن الصوم حقيقة من العبد ليس إلاّ الإمساك مع النيِّة ، والنهى منصرف إلى ما هو فعل العبد ، والذى هو فعل العبد متصوّر منه فصحَّ النهى عنه لتصوره منه .

وأما كونه عبادةً وصوماً شرعياً بالشرع ، والنهى لا يُتصور عنه أصلاً غير أنه انتفى بانتفاء الشرع ، فثبت بهذا تحقق النهى وتكوّن المنهى عنه ثم ظهر عمل النهى فى نفى المشروعية من قِبَل الشارع ، وإذا انتفت المشروعية من الشارع انتفى الصوم الشرعى قطعاً ، وهو مثل النهى عن نكاح المشركات ونكاح الأمهات والبنات ونكاح امرأة الأب وبيع الحر وغير ذلك ، صحَّ النهى فى هذه الصور كلها لتصور وجودها من العبد على غاية ما يمكن منهم ثم انتفت الصحة شرعاً ، لأن النهى نفى المشروعية ولا يُتصوَّر عقد مشروع مع انتفاء المشروعية .

وأما قولهم : « فى التفريق بين النهى الوارد عن الشئ لعينه ولغيره » .

فهذا تفريق لا يُعرف ، والنهى عن الشئ لعينه لا يُتصوّر عندنا ، لأن النهى بخطاب الشرع ولا ينهى عن الشئ لعينه بحال ، وأيضاً لو نهى عن شئ لعينه لم تتصور إباحة مثله بوجهٍ من الوجوه ، فإن النهى عن القتل لو كان لعين القتل فينبغى أن لا يُباح القتلُ بحال ، وكذلك الزنا وغير ذلك ، فهذا كلام مردود متلقى من القائلين بكون الأشياء واجبة عقلاً محظورة عقلاً أخرى ، وهذا مذهب مردود وهو بدعة وضلالة .

وأما عندنا : فالحظر والإباحة والإيجاب بالسمع لا غير .

ونقول : إن الشئ إذا وَرَدَ النهى عن نفسه كان نفس الشئ وهو العقد أو غيره منهياً عنه أوجب فساده .

وإن شئت قلت : أوجب خروجه عن كونه عقداً شرعياً أو مشروعاً على الإطلاق .

وقولنا : « إن نفسه يكون منهياً عنه » .

يُعرف ذلك بأن لا يوجد النهى إلاّ بوجود الشئ مثل النهى عن نكاح الأمهات والبنات والأخوات ، وكذلك النهى عن الجمع بين الأختين ، وكذلك النهى عن

نكاح المشركات ، والوثنيات وبيع / الأحرار وبيع المضامين [1] والملاقيح [2] ٦٢/أ
وغير ذلك ، فإنه لا يوجد النهى عن شئ من هذه العقود إلاّ بهذه العقود
وكذلك فى مسألتنا لا يوجد النهى عن صوم هذه الأيام إلاّ بوجود الصوم
حتى لو أمسك ولم يأكل فى هذه الأيام لا عَنَتَ عليه .

فثبت بهذا أن النهى يتناول نفس الصوم فأوجب ما ذكرناه .

وخرج على هذا المسائل :

فإن مسألة الصلاة فى الأرض المغصوبة ليس النهى عن نفس الصلاة بدليل أنه لو شغل الأرض المغصوبة بشئ آخر سوى الصلاة كان منهياً عنه ، وكذلك البيع وقت النداء ليس النهى عن نفس البيع بدليل أنه لو اشتغل بشئ آخر سوى البيع يكون منهياً عنه ، وكذلك الطلاق فى زمان الحيض ليس النهى عن نفس الطلاق بل هو عن تطويل العِدَّة والإضرار بالمرأة حتى لو طلّق قبل الدخول فى حال الحيض لا بأس به ، وكذلك لو طوّل العِدَّة عليها بالمراجعة من غير رغبة والطلاق بعد ذلك محرَّم ، وكذلك الإحرام مجامعاً ليس النهى عن الإحرام إنما النهى عن المجامعة عند الإحرام ، فهذا وجه بيّن تُخَرّج عليه جميع المسائل .

ويمكن أن يقال : إن النهى عن الشئ إذا كان لطلب ضده فيكون النهى عن نفس الشئ وإذا لم يكن لطلب ضده فلا يكون عن نفس الشئ . وقد نهى فى مسألتنا عن الصوم وهذه الأيام لطلب ضده وهو الفِطر .

---

(١) المضامين - قال أبو عبيد : المضامين ما فى أصلاب الفحول فيبيعه ما يضربه الفحل فى عام أو فى أعوام ... ذكره عنه ابن قدامة فى المغنى : ٢٩٩/٦ .

(٢) الملاقيح : ما فى البطون وهى الأجنة فكانوا يبيعون الجنين فى بطن أمه ، نقله ابن قدامة فى المغنى عن أبى عبيد (انظر المغنى : ٢٩٩/٦) .

فدل أن نفسه منهى عنه مثل النهى عن نكاح الأم والبنت كان لطلب ضده وهو عدم النكاح وكذلك النهى عن الجمع بين الأختين كان لطلب ضده وهو التفريق إن أراد النكاح أو ترك النكاح أصلاً .

وعلى هذا خرج المسائل .

فإن النهى عن الصلاة فى الأرض المغصوبة ليس لطلب ضدها أو هو ترك الصلاة ، وكذلك فى البيع وقت النداء حتى لو باع وهو يسعى إلى الجمعة لم يكن منهياً عنه ، وكذلك فى الطلاق حالة الحيض لم يكن لطلب ضده وهو بقاء النكاح حالة الحيض ، ألا ترى أنه لو طلّق وهى طاهرة ثم حاضت فلا نكاح والحيض موجود ، وكذلك النهى عن الإحرام مجامعاً وغير ذلك مما يوردونه كل ذلك خارج على الأصل الذى ذكرنا .

وأما المسائل الإلزامية من فصل الشروع وعدم جواز القضاء فى هذه الأيام وفساد نذر المرأة صوم يوم حيضها مسائل لازمة ، واعتذارهم ضعيفة عند التأمل ، تركنا الكلام عليها لظهورها ولئلا تطول المسألة .

وأما فصل إنقطاع التتابع فإنما كان كذلك لوجود الانقطاع صورة ، وكذلك فى الليل إلاّ أن الاحتراز لا يمكن هناك فسقط اعتباره بخلاف مسألتنا فاعتبر وبطل التتابع . والله أعلم .

* * *

(مسألة)

لا يُشترط الصوم لصحة الاعتكاف عندنا [1] .

وعندهم : هو شرط [2] .

فعلى هذا نقول :

---

(١) المهذب : ٢٥٧/١ ، مختصر المزنى مع الأم : ٣١/٢ ، ٣٢ ، النكت : ورقة ٩٥/أ ، شرح صحيح مسلم للنووى : ٦٧/٨ ، حلية العلماء : ١٨٢/٣ ، المجموع : ٤١٦/٦ ، ٤١٧ ، قال النووى فى المجموع : « إنه مستحب وليس شرطاً لصحة الاعتكاف على الصحيح عندنا ، وبهذا قال الحسن البصرى وأبو ثور ، وداود ، وابن عباس ، وابن المنذر وهو أصح الروايتين عن أحمد ، قال ابن المنذر : وهو مروى عن على بن أبى طالب ، وابن مسعود » . ا . هـ .

شرح صحيح مسلم للنووى : ١٢٥/١١ ، ١٢٦ .

قال ابن قدامة فى المغنى (٤٥٩/٤) : « والمشهور فى المذهب أن الاعتكاف يصح بغير صوم » ا . هـ .

(٢) الأسرار : ورقة ٢٨٨/أ (شهيد على) ، ويقصدون بأنه شرط فى الواجب أما النقل فلا .

مختصر الطحاوى ص ٥٧ ، مختصر القدورى مع الجوهرة : ١٨٨/١ ،

المبسوط : ١١٥/٣ ، رؤوس المسائل ص ٢٣٧ ، بدائع الصنائع : ١٠٥٩/٣ .

قال النووى فى المجموع : « وبه قال ابن عمر ، وابن عباس ، وعائشة ، وعروة بن الزبير ، والزهرى ، ومالك ، والأوزاعى ، والثورى ، وأحمد ، وإسحاق فى رواية عنهما » ا . هـ .

المجموع : ٦ / ٤١٧ ، الإشراف للبغدادى : ١ / ٢١٢ ، المغنى : ٤ / ٤٥٩ ، المحلى : ٢٦٧/٥ ، شرح صحيح مسلم للنوى : ١٢٦/١١ .

يجوز الاعتكاف فى الليالى على الانفراد [(١)] .

وعندهم : لا يجوز [(٢)] .

لنا :

حديث عبيد الله بن عمر عن نافع عن ابن عمر أن عمر نذر أن يعتكف ليلاً فى المسجد الحرام فى الجاهلية ، فسأل النبى عليه السلام عن ذلك فقال : « أوفِ بنذرك » ، والخبر فى الصحيحين [(٣)] .

روى عبد العزيز [(٤)] بن محمد

---

(١) المجموع : ٤١٥/٦ ، حلية العلماء : ١٨٢/٣ ، النكت : ورقة ٩٤/ب .

وهو المشهور فى المذهب عند الحنابلة . المغنى : ٤٦١/٤ ، المحلى : ٢٦٧/٥ .

(٢) مختصر القدورى مع الجوهرة : ١٨٨/١ ، المبسوط : ١١٥/٣ ، بدائع الصنائع : ١٠٥٩/٣ .

(٣) انظر صحيح البخارى : ٢٧٤/٤ مع الفتح ، فى باب « الإعتكاف ليلاً » .

صحيح مسلم : ١٤٢/١١ مع النووى فى « نذر الكافر وما يفعله إذا أسلم » .

ورواه أيضاً الترمذى فى سننه : ٢٢/٧ ، ٢٣ مع العارضة فى باب « ما جاء فى وفاء النذر » .

وأبو داود فى سننه : ٦١٦/٣ مع المعالم ، فى باب « مَنْ نذر فى الجاهلية ثم أدرك الإسلام » .

وابن ماجه فى سننه : ٦٨٧/١ ، والبغوى فى شرح السُنَّة : ٤٠٢/٦ .

والدارمى فى سننه : ١٨٣/٢ ، والنسائى فى سننه : ٢٠/٧ .

(٤) عبد العزيز بن محمد بن عبد الله الداروردى أبو محمد الجهنى مولاهم المدنى ، صدوق كان يحدِّث من كتب غيره فيخطئ ، قال النسائى : حديثه عن عبيد الله العمرى منكر ، من الثامنة ، مات سنة ٢٨٦ هـ ، أو ٢٨٧ هـ ، روى له أصحاب الكتب الستة . (انظر : التقريب ص ٢١٦) .

عن أبى [١] سهيل بن مالك [٢] - عَمّ [٣] مالك بن أنس - عن طاووس عن ابن عباس أن النبى عليه السلام قال : « ليس على المعتكف صيام إلاّ أن يجعله على نفسه » [٤] .

وأما هم يروون عن الزهرى عن عروة عن عائشة رضى الله عنها أن النبى ﷺ قال : « لا اعتكاف إلاّ بصيام » [٥] .

قالوا : وأما الخبر الأول الذى رويتم فقد روى عمرو بن دينار عن عمر أنه سأل النبى ﷺ عن اعتكاف عليه فأمره أن يعتكف ويصوم [٦] .

---

(١) فى المخطوط : « ابن » ، والتصويب من سنن الدارقطنى .

(٢) أبو سهل نافع بن مالك بن أبى عامر الأصبحى التيمى المدنى ، ثقة من الرابعة ، مات بعد الأربعين ، روى له أصحاب الكتب الستة ، انظر : التقريب ص ٣٥٥ .

(٣) فى المخطوط : « عن » ، والتصويب من سنن الدارقطنى .

(٤) رواه الدارقطنى فى سننه : ١٩٩/٢ ، وقال : « رفعه هذا الشيخ - محمد ابن إسحاق السوسى - وغيره لا يرفعه » ا . هـ .

ورواه ابن حزم فى المحلى : ٢٦٧/٥ موقوفاً عن على وابن مسعود .

ورواه الحاكم فى المستدرك : ٤٣٩/١ وقال : هو حديث صحيح على شرط مسلم .

(٥) رواه ابن حزم فى المحلى (٢٦٨/٥) موقوفاً عن ابن عباس وابن عمر .

واستدل به الدبوسى فى أسراره : ورقة ٢٨٩/أ (شهيد على) .

ورواه الحاكم أيضاً فى المستدرك : ٤٤٠/١ ثم قال : « ولم يحتج الشيخان بسفيان بن حسين وعبد الله بن زيد » ا. هـ .

والدارقطنى فى سننه : ٢٠٠/٢ وقال : « تفرد به سويد عن سفيان بن حسين » .

(٦) رواه أبو داود فى سننه : ٨٣٧/٢ ، ٨٣٨ مع المعالم .

والدارقطنى فى سننه : ٢٠٠/٢ ، وابن حزم فى المحلى : ٢٧٠/٥ .

وعبد الرزاق فى المصنف رقم : (٨٠٣٨) ، (٨٠٤١) من قول الزهرى ومن قول عروة .

واستدل به الدبوسى فى أسراره : ورقة ٢٨٩/أ (شهيد على) .

قالوا : وأما الخبر الثانى ، فالصحيح منه أنه موقوف [١] .

الجواب :

أما الخبر الذى رووه فقد تفرد به سويد بن عبد العزيز عن سفيان بن حسين عن الزهرى [٢] ، وقد تكلموا فى سويد وسفيان بن حسين فيما ينفردان [٣] به .

ويحتمل أن يكون المراد من الخبر نفى الكمال لا نفى الجواز [٤] .

وأما الخبر الثانى : تفرَّد به عبد اللّه [٥] بن بديل عن عمرو بن دينار وهو ضعيف [٦] .

---

(١) قاله الدارقطنى فى سننه : ١٩٩/٢ .

وذكر ذلك الدبوسى فى أسراره : ٢٨٩/أ (شهيد على) .

(٢) قاله الدارقطنى فى سننه : ٢٠٠/٢ ، والشيرازى فى نكتة : ورقة ٩٤/ب .

(٣) انظر سنن البيهقى : ٣١٧/٤ وقال فيها : « وهذا وهم من سفيان بن حسين أو من سويد بن عبد العزيز ، وسويد بن عبد العزيز الدمشقى ضعيف بمرة لا يقبل منه ما تفرَّد به » ا . هـ .

(٤) قاله الشيرازى فى نكته (ورقة ٩٤/ب) . ولفظه : « ثم نحمله على الفضيلة » ا . هـ .

والنووى فى المجموع : ٦/ ٤١٨ .

(٥) عبد اللّه بن بديل بن ورقاء ، ويقال : ابن بديل بن بشر الخزاعى الليثى المكى ، صدوق يخطئ ، من الثامنة ، روى له البخارى تعليقاً ، وأبو داود والنسائى . انظر : التقريب ص ١٦٨

(٦) قاله الدارقطنى فى سننه : ٢/ ٢٠٠ .

(قال أبو بكر عبد الله [١] بن زياد النيسابورى : هذا حديث منكر ، لأن الثقات من أصحاب عمرو بن دينار لم يذكروه مثل ابن جريج وابن عيينة وحماد بن زيد وحماد بن سلمة وغيرهم ، قال : وابن بديل ضعيف الحديث) [٢] .

وروى مثل مذهبنا عن علىٍّ وابن مسعود [٣] .

وهم يروون عن عائشة وابن عباس وغيرهما [٤] .

وأما الكلام من حيث المعنى نقول :

الاعتكاف عبادة بنفسها فيصح من غير صوم .

دليله : الصلاة .

والدليل على أنه عبادة بنفسه : أن الصوم عندهم شرط لصحة الاعتكاف ثم إذا انضم هذا الشرط إلى الاعتكاف فيكون الاعتكاف هو العبادة بنفسه ، وكذلك الطهارة عن الحَدَث إذا انضمت إلى الصلاة تكون الصلاة هى العبادة بنفسها .

---

(١) فى المخطوط : « أبو بكر بن عبد الله » ، والتصويب من سير أعلام النبلاء . هو : أبو بكر عبد الله بن زياد النيسابورى الإمام الحافظ العلاّمة شيخ الإسلام ، تفقه بالمزنى والربيع ، وخلق كثير ، وبرع فى العلمين : الحديث والفقه ، وفاق الأقران ، أخذ عنه موسى بن هارون ، والدارقطنى ، وخلق سواهم . مات سنة ٣٢٤ هـ (انظر سير أعلام النبلاء : ١٥ / ٦٥ ، ٦٦) .

(٢) ما بين القوسين نقلاً من سنن الدارقطنى : ٢/ ٢٠٠ ، ٢٠١ .
ونقله عن أبى بكر النيسابورى ابن قدامة فى المغنى : ٤/ ٤٦٠ .

(٣) انظر المجموع : ٤١٧/٦ ، المحلى : ٢٦٧/٥ .

(٤) المرجع السابق : المحلى ٢٦٨/٥ ، ٢٦٩ .
الأسرار : ورقة ٢٨٩/أ (شهيد على) .

٦٢/ب ويدل عليه أن الله تعالى أطلق الاعتكاف ....[١] فقال /: ﴿ وَأَنتُمْ عَاكِفُونَ فِي المَسَاجِدِ ﴾[٢] ، دلَّ أنه بنفسه عبادة مثل إطلاقه الصوم والصلاة وغير ذلك .

وإذا ثبت أن الاعتكاف عبادة فاستغنى عن الصوم ليكون عبادة مثل سائر العبادات .

يبيِّنه : أن الصوم ركن من أركان الإسلام فيبعد أن يكون شرطاً لعبادة من النوافل ، والاعتماد على الأول .

وقد تعلق الأصحاب[٣] بجواز الاعتكاف ليلاً ، وقالوا : لو كان الصوم شرطاً لما صح بالليل ، لأنه ليس بزمان الصوم فإذا جوّزنا الاعتكاف فيه فقد جوَّزنا بلا صوم[٤] .

وإن قالوا : إن الاعتكاف بالليل تبع للاعتكاف بالنهار ، أو قالوا : إن الصوم بالنهار شرط الاعتكاف ليلاً ونهاراً إلاّ أنه يختص بالنهار ، لأنه لا يُتصور ليلاً .

نقول : كِلاَ الكلامين باطل ، لأن دعوى التبعية لا دليل عليه .

ولأن الصوم عندهم شرط ، وقد انعقد الاعتكاف بالليل ، وصح الابتداء به إذا وصل إليه الاعتكاف بالنهار ، وشرط العبادة : إما أن يتقدم عليها كالطهارة أو يقارنها كالاستقبال وستر العورة والطهارة عن النجاسة ، فأما أن يتراخى عنها فلا يُعرف .

---

(١) كلمة فيها طمس ولعله : « وحده » .

(٢) سورة البقرة : جزء من آية ١٨٧ .

(٣) ، (٤) منهم الشيرازي في نكته : ورقة ٩٥/أ ، المهذب : ١/٢٥٧ .

وقولهم : « إنه لا يُتصوّر الصوم بالليل » .

قلنا : إن لم يُتصور الصوم بالليل يُتصور قصر جواز الاعتكاف على النُهُر دون الليالى ليتفق زمان الشرط والمشروط فيُتصوّر مقترناً به أو متقدماً عليه .

وقد قال بعض أصحابنا [١] :

إن الصوم لو كان شرطاً لصحة الاعتكاف لم تصح أيام رمضان ، لأن الصوم ليس له بل هو وظيفة هذا الزمان ابتداءً ولو وجب الصوم لصح الاعتكاف به وجب أن يلزم أن يكون الصوم للاعتكاف .

وهذا ليس بشئ ، لأنهم يقولون : إن الصوم شرط والشرط يجب وجوده فى صحة المشروط له ، فأما أن يكون وجوده له فهذا غير معتبر بدليل أن الطهارة لما كانت شرطاً للصلاة اعتبر وجودها ولم يعتبر أن تكون الطهارة للصلاة حتى لو توضأ للنفل وأدّى به الفرض يجوز مع أنه لم يتوضأ للفرض ، لكن اكتفى بوجوده ، كذلك ههنا ، والاعتماد على ما سبق .

وأما حُجَّتهم :

تعلقوا بالخبر الذى قدّمناه ، وقد بيّنا الكلام عليه .

وأما المعنى :

قال مشايخهم : لبث فى مكان مخصوص فلا يكون عبادة إلاّ بانضمام عبادة أخرى إليه .

دليله : الوقوف بعرفة ، وهذا لأن اللبث فى مكان وملازمة بقعة

---

(١) الشيرازى فى نكته : ورقة ٩٥/أ .

لا يكون مخيلاً فى كونه عبادة ، فإذا صار عبادة إنما يصير عبادة بعبادة أخرى تنضم إليه وليس ذلك إلاّ للصوم .

وأما معتمدهم قالوا : (أجمعنا على أنه لو نذر أن يعتكف صائماً يلزمه الاعتكاف بصوم) [١] فلا يخلو إما أن يكون بالنذر أو بكونه شرطاً له شرعاً ، ولا يجوز أن يكون بالنذر ، لأن النذر لم يلاقه فإنه قال : للّه علىّ أن أعتكف صائماً ، والنصب فى قوله : « صائماً » على الحال كأنه قال : للّه علىّ أن أعتكف فى حال صومى ، والنذر إنما يصح فى العبادة ووصف العبادة ، أما حال المتعبد لا يدخل تحت النذر فكان ينبغى أن لا يجب فلما وجب دلّ أنه شرط بالشرع .

قالوا : وليس كما لو قال : للّه علىّ أن أصوم متتابعاً ، لأن التتابع صفة الصوم .

ألا ترى أنه يقال له « صوم متتابع » ولا يقال « اعتكاف صائم » .

قالوا : ولا يجوز أن يقال إن قوله : « صائماً » نصب على إضمار المصدر ، لأن هذا يستقيم فى قوله : « ضربتُه وجيعاً ، وكلمتُه بليغاً » أى ضرباً وجيعاً وكلاماً بليغاً ، لأنه إذا أظهره صح هذا الكلام فأما ههنا فلا يستقيم هذا التقدير ، لأنه لا يستقيم أن يظهره فيقول : أعتكف اعتكافاً صائماً أو صوماً .

الجواب :

أما قولهم : « لبث فى مكان مخصوص » ، فقد ذكروا فيه القلب المعروف وهو أن يقال : فوجب أن لا يكون الصوم شرطاً [٢] .

---

(١) ما بين القوسين نقلاً من الأسرار : ورقة ٢٨٩/ب (شهيد على) .

(٢) النكت للشيرازى : ورقة ٩٥/أ ، ب .

دليله : ما قاس عليه .

وأما قولهم : « إن اللبث فى مكان مخصوص ليس فيه معنى مخيل فى كونه عبادة » .

قلنا : العبادة ما جعله اللّه تعالى عبادة ولا يعتبر المعنى المخيل الذى ظنوه وعلى أن ملازمة مكان العبادة وترك الترددات مشعرة بكونه عبادة وهو لعله فوق الطواف حول البيت فإذا كان التردد حول بيت العبادة بكونه عبادة فملازمة موضع العبادة لأن يكون عبادة أولى .

وأما تعلقهم بفصل النذر فقد منع على أحد القولين .

وقيل : إنه لا يجب الاعتكاف بالصوم لكن يجبان جميعاً - أعنى الصوم والاعتكاف - ولو أفرد كل واحد منهما بالفعل فإنه يصح .

وعلى أنَّا سلَّمنا أنه يجب الاعتكاف بشرط الصوم فإنما يجب بالنذر وليس فيما أنه يجب بالنذر ما يدل على أنه يجب لا بالنذر كأصل الاعتكاف .

وقولهم : « إن النذر لم يلاق الصوم » .

قلنا : إنما أوجبنا الصوم لضرورة صحة قولكم لأنه كما يجب الاعتكاف فى حال الصوم فلا بد من وجوب الصوم ليصير حالاً له فيصح نذره بالاعتكاف على / هذه الحالة وكل ما كان من ضرورة قوله فهو كالمصرَّح به . ٦٣/أ

فإن قالوا : « وجب أنه إذا قال : للّه علىّ أن أصوم معتكفاً أن يلزمه على هذا الشرط ، وكذلك إذا قال : للّه علىّ أن أعتكف مصلياً » .

قلنا : فى المسألة الأولى كذلك نقول ، وأما المسألة الثانية فهى مسلَّمة ، ولكنها مجرد استغراق من غير بيان وجه الإلزام ووجوب الفرق .

ونحن إذا بيّنا وجه اتصال النذر بالصوم خرجنا وتقصينا عن عهدة كلامهم ، وما اعتمدوه فى تعلقهم .

وقد أجاب الأصحاب عن المسألة التى ألزموها وقالوا : ليس بين الصلاة والاعتكاف مناسبة ومشابهة ، لأن أحدهما فعل الجوارح والآخر ليس من فعل الجوارح فإذا لم يكن بينهما مناسبة لا يصير أحدهما شرطاً فى الآخر .

وأما الصوم والاعتكاف فبينهما مناسبة ومشابهة ، لأن كل واحد منهما عبادة كف فجاز أن يصير أحدهما شرطاً فى الآخر ليصير كل واحد منهما كاملاً لصاحبه متزيناً به ، هذا غاية الإمكان ، والله تعالى أعلم بالصواب .



كتاب الحج

(مسألة)

تثبت الاستطاعة ببذل الابن الطاعة عندنا [1] .

وعندهم : لا تثبت [2] .

وقد ذكر مشايخهم رواية عن أبى حنيفة رضى اللّٰه عنه أن الاستطاعة لا تثبت بمجرد المال بحال [3] ، وزعموا أن هذه الرواية هى الرواية الظاهرة عنه [4] .

ورووا عن أبى حنيفة رحمة اللّٰه عليه رواية أخرى أن الاستطاعة

---

(١) المهذب : ٢٦٦/١ ، المجموع : ٦٧/٧ ، ٧٥ ، روضة الطالبين : ١٥/٣ ، المنهاج مع مغنى المحتاج : ٤٧٠/١ ، حلية العلماء : ٢٠٣/٣ ، ٢٠٤ ، النكت : ورقة ٩٥/ب ، شرح السُنَّة للبغوى : ٢٧/٧ .

(٢) الأسرار ، كتاب المناسك ص ١٩ بتحقيقنا .

بدائع الصنائع : ١٠٨٦/٣ ، المبسوط : ١٥٤/٤ ، رؤوس المسائل ص ٢٤٥ .

وهو قول الحنابلة والمالكية ، الإفصاح : ٢٦٥/١ ، المغنى : ٩/٥ ، أحكام القرآن لابن العربى : ٢٩٠/١ .

(٣) المبسوط : ١٥٣/٣ ، ١٥٤ ، البحر الرائق : ٣٣٥/٢ .

(٤) البحر الرائق : ٣٣٥/٢ قال ابن نجيم فى البحر : « هذا ظاهر المذهب عن أبى حنيفة وهو رواية عنهما » ا . هـ ، حاشية ابن عابدين : ٤٥٩/٢ .

تثبت بمجرد المال [١] ، وزعم المحققون منهم أن هذه الرواية هى الأصح [٢] .

وفائدة الروايتين تظهر فى المعضوب الموسر ، هل يجب الحج عليه أم لا ؟

لنا :

قوله تعالى : ﴿ وَلِلَّهِ عَلَى النَّاسِ حِجُّ البَيْتِ ﴾ [٣] ، وإنما قلنا إنه يصير مستطيعاً ، لأن الاستطاعة ليس إلاّ الإمكان وقد أمكنه الحج حين بذل له الابن الطاعة وهو أن يكون معضوباً فقيراً فيبذل له أن يحج عنه أو يكون فقيراً صحيحاً فيبذل له المال فقد تحققت الاستطاعة فى الصورتين ، أما فى الصورة الأولى فليس بينه وبين حصول الحج له إلاّ الأمر به ، وهو مما يدخل تحت الأمر وتجرى فيه النيابة ، وفى الصورة الثانية ، أمكنه الحج بإنفاقه مال الابن فى سفر الحج ، كما أمكنه إذا كان المال له ، لأن الإمكان لا يختلف فى الموضعين فإن ركوبه مركوب الغير وركوبه مركوب نفسه واحد ، وكذلك لا يختلف فى المطعوم والمشروب .

فثبت أن الإمكان موجود وإذا وُجِد الإمكان وجب عليه الحج ، لأنه لا شرط له سواه ، وكذلك فى المعضوب الموسر وجد الإمكان وهو أن يبذل ماله ليحج عنه غيره فوجب أيضاً [٤] .

وهذه المسألة مبنية على أن النيابة جارية فى الحج ، وسنبين من بعد .

---

(١) المبسوط : ١٥٣/٤ ، وهى رواية الحسن عن أبى حنيفة ، البحر الرائق : ٣٣٥/٢ .

وهو ظاهر الرواية عن الصاحبين ، حاشية ابن عابدين : ٤٥٩/٢ .

(٢) انظر البحر الرائق : ٣٣٥/٢ ، حاشية ابن عابدين : ٤٥٩/٢ .

(٣) سورة آل عمران : جزء من آية ٩٧ .

(٤) المهذب : ٢٦٦/١ .

وهو قول الحنابلة (الإفصاح : ٢٦٤/١) .

ويدل عليه : أنه لو كان مستطيعاً للحج بنفسه فطرأ عليه العجز بقى الوجوب عليه ، وكذلك إذا وجد المال وهو معضوب جاز أن يجب عليه أيضاً ، لأن الباقى هو الواجب عليه ابتداء ، والواجب عليه ابتداء هو الباقى فإذا جاز أن يبقى عليه وجوب الحج وهو عاجز ببدنه ليؤدى بماله ، فكذلك فى الابتداء جاز أن يجب عليه أيضاً .

وأما حُجَّتهم :

قالوا : غير مستطيع للحج فلا يجب عليه الحج ، كما إذا كان الباذل أجنبياً ، وإنما قلنا : « إنه غير مستطيع » ، لأن الاستطاعة بملك الزاد والراحلة بالنص وهو الإجماع بيننا وبينكم ولم يوجد [١] .

ثم قالوا : لو صار مستطيعاً لصار مستطيعاً ببذل الابن المال له وهذا لا يجوز شبهاً ولا معنى .

أما الشبه فالدليل عليه : أن العبد لو أذن له مولاه فى الحج وبذل له المال فإنه لا يجب عليه الحج ، ولو ثبتت الاستطاعة بالبذل والإباحة وجب أن يثبت ويجب الحج فى هذه الصورة ، لأن العبد من أهل الحج والإمكان قد وُجِد .

يبيِّنه : أنه إنما لم يجب لعدم الإمكان مثل العُسر لا يجب عليه لعدم الإمكان والسيد بذل له المال فقد تحقق الإمكان ، وهذا شبه معتمد .

ويدل عليه : أن الابن إذا بذل المال فى كفَّارة اليمين والظِّهار جميعاً فكذلك ههنا لا يحكم بالاستطاعة .

---

(١) انظر الأسرار ، كتاب « المناسك » ص ٢٤ .

وأما المعنى :

قالوا : الاستطاعة بالزاد والراحلة شرط لوجوب الحج بالإجماع ، وهو استطاعة بمال لا يوجد مباح الأصل فى العادة فوجب أن يكون الملك شرطاً لوجوب الحكم المبتنى عليه ، لأن أصل القدرة على ما ....[1] والأفعال هو بالملك / وأما القدرة بالإباحة عارضة ، والأحكام إنما تتعلق بالأصول لا بالأعراض ، ألا ترى أن الصلاة قائماً إنما تتعلق بالاستطاعة ينالها الإنسان بسلامة أحواله ، ولا تجب بما يحدّها بمعين بعينه من ولده أو غيره للمعنى الذى بيّنا ، وهو أن الأصل أن الاستطاعة مبنية على سلامة الحال ، والأخرى عارض ، ولا يلزم على هذا الماء فى الطهارة ، لأن الماء على العادات موجود مستعمل على الإباحة فصار الإمكان بالإباحة فى حق الماء أصلاً فقام مقام الملك ، وأما الزاد والراحلة قلّ ما يوجد على أصل الإباحة وإنما يتمكن الإنسان من استعمالها على العادات الجارية بالملك ، والإباحة عارضية فبنى الحكم على الملك ولم يعتبر العارض .

٦٣/ب

قالوا : وأما المعضوب الموسر فيجب عليه الحج على الصحيح من المذهب لأن ملك الزاد والراحلة قد وُجِد .

وقد نص مشايخهم إحدى الروايتين عن صاحبهم .

وقالوا : تعلق الحج بالبدن فوق تعلقه بالمال ، لأنه يؤدى بالبدن وإنما المال وصلة ، ثم إذا كان عاجزاً بماله لم يجب عليه الحج وهو الفقير الصحيح فإذا كان عاجزاً ببدنه أولى أن لا يجب .

قالوا : وأما قولكم : « إنه لو كان صحيحاً موسراً فعرض العجز يبقى عليه وجوب الحج » .

---

(١) كلمة غير واضحة فى المخطوط .

قال : هذا لا يدل على أنه يجب عليه ابتداء كالميت يبقى عليه وجوب الحج ولا يجوز أن يجب عليه ابتداء .

الجواب :

أما قولهم : « إنه لا يجوز أن يصير مستطيعاً ببذل الابن له الطاعة بدليل الأجنبى » .

قلنا : قد منع بعضهم [1] .

والصحيح على المذهب أنه لا يصير مستطيعاً إلاّ ببذل الابن على الخصوص [2] ، وإنما كان كذلك ، لأن الإمكان قد وُجِد صورةً ومعنىً ببذل الابن ماله ، أما الصورة معلومة ، وأما المعنى فلأنه لا منّة تلحقه ببذل الابن وإباحته ماله له ليحج به ، لأن هذا وإن كان إحساناً لكن إحسان الأب إليه أكثر فيكون هذا على معنى المجازاة والشكر لإحسانه إليه لا على معنى الامتنان به عليه ، لأن الشرع أضافه ماله إليه إضافة الملك إلى مالكه ، ولأنه سمى الولد كسباً له مثل ما يكون العبد كسباً لسيده فيكون حجه بماله مثل حجه بسائر أكسابه فثبت أنه لا منّة تلحقه فى بذل الابن فتحقق الإمكان صورةً ومعنىً . وهذا لا يوجد فى غير الابن فلم يوجد الإمكان معنى ، لأن تحمل المنّة فى غاية الشدة وهى دقاقة لأعناق الرجال .

* *

(١) انظر روضة الطالبين : ٣/١٥ ، ١٦ .

(٢) انظر روضة الطالبين : ٣/١٥ ، ١٦ .

● وأما فصل العبد الذى تعلقوا به :

قلنا : إنما لم يجب ، لأنه ليس من أهل وجوب الحج عليه والدليل عليه النص والحكم :

أما النص : قوله عليه السلام : « أيّما عبد حج عشر حجج ثم عُتِق فعليه حجة الإسلام » (١) .

وأما الحكم : فإنه لو حضر بعرفات مع سيده لم يجب عليه الحج ولو كان عدم الوجوب لعدم الإمكان فإذا حضر بعرفات وجب أن يجب عليه الحج كالفقير ، خصوصاً إذا كان السيد قد أذن له فى فعل الحج ، وحين أجمعنا على أنه إذا فعل الحج فى هذه الصورة لم يكن فاعلاً واجب الحج عليه بخلاف الفقير ، وبخلاف العبد الذى حضر الجمعة مع سيده ويؤديها ، دلَّ أنه إنما لم يكن لأجل أنه ليس من أهل فرض الحج عليه أصلاً .

* *

---

(١) رواه البيهقى فى سننه : ٣٢٥/٤ ، فى باب « إثبات فرض الحج » عن ابن عباس موقوفاً .

وابن عدى فى الكامل فى ترجمة الحارث بن سريج النقال من روايته عن يزيد بن زريع مرفوعاً ، وقال : « إنه سَرَقَه من محمد بن المنهال » .

(انظر الكامل : ٦١٥/٢) .

وعزاه الزيلعى فى نصب الراية ، كتاب الحج : ٧/٣ ، لأبى داود فى مراسيله .

وعزاه ابن قدامة فى المغنى - فى كتاب الحج - إلى سنن سعيد بن منصور .

(انظر المغنى : ٤٥/٥) .

• أما فصل الكفَّارة :

فلا نسلِّم ، ونقول : إذا بذل الابن الرقبة أو الطعام لأبيه لم يجز له أن يعدل إلى الصوم ، وعلى أن الكفَّارات حق مالى فلا يتأدى إلاّ بماله أو بما يصل إليه بماله .

وأما الحج بدنى فلا يحصل إلاّ ببدنه أو ببدن يصل إليه بأىّ سبب كان ويقوم بدن ذلك الغير مقام بدنه ولم يعتبر أن يكون الوصول بالمال لأنه ليس بواجب مالى فاعتبر أصل الوجوب فحسب ، والأصح المنع فى الطعام خاصة ، وفى العتق إذا وهب الرقبة له أنه يجب عليه قبولها ، وعلى هذا فى مسألتنا لو وهب الزاد والراحلة له يجب عليه قبولها [1] أيضاً .

وفيه وجه آخر : أنه لا يجب القبول [2] ، لأن المنّة تكثر فى ذلك ما لا يكثر فى مجرد البذل .

وأما دعواهم ببيان المعنى ، وقولهم : « إن الأصل هو القُدرة بالمال الذى يكون له » .

قلنا : لا نسلِّم ، بل الأصل هو القُدرة بأى وجه كان ، لأن الشرط تيسير الوصول إلى الحج بالإمكان الذى يوجد إما بماله أو بمال ولده ، فأما اعتبار ماله فلا معنى له ، كما نقول فى الوضوء ، فإنه لا فرق بين أن يكون إمكانه بماله أو بمال غيره وقد بذل ذلك الغير له .

وقولهم : « إن الماء يوجد مباحاً والزاد والراحلة لا يوجدان مباحان »[3].

---

(١) انظر المجموع : ٧/ ٧١ ، حلية العلماء : ٣/ ٢٠٣ ، المنهاج مع المغنى : ١/ ٤٧٠ .

(٢) انظر المجموع : ٧/ ٧١ ، المنهاج مع المغنى : ١/ ٤٧٠ .

(٣) فى المخطوط : « مباحاً » ، والتصويب من المحقق .

قلنا : وبأن كان يوجد الماء مباحاً في الأصل بخلاف الزاد والراحلة لم ينبغي أن يفترقا في مسألتنا ، والماء مملوك للغير إباحة له ، وكذا الزاد والراحلة إلاّ أن التعلق بفصل الماء في الوضوء يقتضي أن لا يفترق الحكم بين أن يكون الباذل أجنبياً أو غيره .

٦٤/أ وقد بيّنا أن الأصح التفريق / وحرف الجواب ما قدّمنا ، ونقول : إن الإمكان أمر حسّي لا يُتصور أن يختلف بماله ومال غيره ، والموجود بمال غيره هو الموجود بماله ولا يُتصوّر أيضاً أن يجعل أحدهما أصلاً والآخر فرعاً .

وأما تعلق مشايخهم بالمعضوب الموسر ، فقولهم : « إن تعلق الحج بالبدن فوق تعلقه بالمال » .

فليس بشئ ، لأنّا إن سلّمنا لهم ذلك لكن القُدرة على الحج بدناً قد وُجد ، لأن بدن غيره يقوم مقام بدنه على ما عُرِف ، لأن الحج يجب بمجرد القُدرة بدليل أن الفقير إذا حصل بعرفات فوجب أن يجب بمجرد المال ، والاعتماد على ما سبق .

وأما فصل الميت الذى ذكروه ، فليس بشئ ، لأنه ليس من أهل التكليف ابتداء بخلاف المعضوب فإنه من أهل التكليف ابتداء ، وإنما بقى الحج على الميت بقاء الديون فكما تبقى سائر الديون عليه بقى الحج عليه أيضاً . والله أعلم بالصواب .

* * *

(مسألة)

وجوب أداء الحج على التراخى عندنا [١] .

ومعنى قولنا : « على التراخى » أنه ليس على الفور .

وعندهم : على الفور ، وزعموا أنه قول أبى يوسف [٢] .

وحكوا عن محمد بن الحسن أنه قال على التراخى [٣] .

قالوا : وليس عن أبى حنيفة رضى اللّه عنه رواية فى ذلك [٤] .

وقال بعضهم : عنه روايتان [٥] ،

---

(١) الأم : ١٠١/٢ ، المهذب : ٢٦٥/١ ، المجموع : ٧٦/٧ ، روضة الطالبين : ٣٣/٣ ، النكت : ورقة ٩٨/أ ، قواطع الأدلة للمؤلف : ورقة ٢١/ب .

(٢) وهو قول الحنابلة والمالكية . انظر : الأسرار ، كتاب « المناسك » ص ٣١ ، الهداية مع فتح القدير : ٤١٢/٢ ، بدائع الصنائع : ١٠٨٠/٣ ، المبسوط : ١٦٣/٤ ، المغنى : ٣٦/٥ ، الإشراف : ٢١٧/١ ، رؤوس المسائل ص ٢٤٩ ، نصب الراية : ٤/٣ .

(٣) الأسرار ، كتاب « المناسك » ص ٣١ ، المبسوط : ١٦٤/٤ ، مختلف الرواية : ورقة ٦٠/ب ، بدائع الصنائع : ١٠٨٠/٣ ، نصب الراية : ٤/٣ .

(٤) المبسوط : ١٦٤/٤ ، الهداية مع فتح القدير : ٤١٢/٢ .

قال فى المبسوط : « وذكر ابن شجاع عن أبى حنيفة : « أنه سئل عَمَنْ له مال أيحج به أم يتزوج ؟ فقال : بل يحج به » .

قالوا : فهذا يدل على أن الوجوب عنده على الفور .

(٥) الأسرار ، كتاب « المناسك » ص ٣١ ، بدائع الصنائع : ١٠٨٠/٣ ، المبسوط : ١٦٣/٤ ، ١٦٤ .

وقد صحَّحوا كونه على الفور [1] .

لنا :

إن مطلق الأمر لا يقتضى الفور ، ولو [2] يوجد فى الحج إلاّ مطلق الأمر ، والدليل على أنه لا يقتضى الفور أن قول القائل لغيره : « افعل كذا » حقيقة طلب الفعل وليس فيه تعرض للوقت بوجهٍ ما فصار جميع أوقات الحج وقتاً له على وجه واحد حتى إنه فى أى وقت أدى يكون ممتثلاً للمأمور ، وهذا كالمكان فى الصلاة فإن اللّه تعالى أمر بالصلاة فى زمان ولم يتعرض للمكان فصار جميع أمكنة الصلاة مكاناً للصلاة على وجه واحد حتى إن فى أى مكان أدى يكون ممتثلاً للمأمور ، كذلك ههنا .

والحرف أن الأمر بالفعل لا يقتضى إلاّ طلب الفعل ، وأما التعجيل والتأخير فليس عليه دليل من صيغة اللفظ فصار مطلق الأمر مقتضياً مطلق الفعل فتقييد الأمر تقييد زائد لا بد فيه من دليل زائد ، وإذا سقط التقييد بالفورية والبِدار من ظاهر اللفظ فصار هو بالتأخير مؤخراً للفعل من زمان الفعل إلى زمان الفعل فجاز له ذلك ، وهذا كما لو أخَّر الصلاة من أول وقتها إلى آخر وقتها ، فإنه يجوز للمعنى الذى بيَّنا .

يدل عليه أن الواجب من الفعل كما يصلح واجباً على الفور والبدار حتى يتضيق عليه بوجود أول أوقات الإمكان فيصلح واجباً لا على الفور والبدار حتى يتوسع عليه فى مدة عمره فيفعله فى أى وقت أحبَّ من أوقات عمره من غير أن يخلى الوقت عنه ، والدليل على أن الإيجاب على مثل هذا جائز ، المشروع والمعقول :

---

(١) الأسرار ، كتاب « المناسك » ص ٣١ ، وقال فيه : « وهو أصح الروايتين عن أبى حنيفة » ، رؤوس المسائل ص ٢٤٩ .

(٢) كذا فى المخطوط ، ولعل صحة العبارة : « ولو لم » .

أما المشروع : فلأنه قد وُجِد نظير ذلك فى الزكوات والكفّارات وقضاء رمضان إذا كان الفطر بعذر ، كذلك على نحوه وجب الصلاة فى الأوقات المحدودة ، لأنها أوقات تفصل عما يسع للفعل فلم يكن الوجوب إلاّ على هذا الوجه وهو الأمر بالفعل لا على وجه ألفور والبدار لكن على التوسع فى الوقت المضروب حتى يفعله فى أىّ وقت أحبّه من غير أن يخلى الوقت المضروب منه ، فصار الوقت المحدود هنالك كمدة العمر ههنا .

وأما المعقول : فلأن الإيجاب على وجه التضييق ومبادرة الفعل ، كما يجوز أن يكون هو مراد الآمر ومصلحة المأمور فيجوز أن يكون الإيجاب على وجه التوسيع فى الوقت مراد الآمر ومصلحة المأمور ، فإذا جاز أحدهما جاز الآخر ، فهذا الذى ذكرناه هو المعتمَد من الدليل ، وهو فى نهاية القوة ، وفى المسألة إلزامات حكمية ذكرناها فى التعليق ، واقتصرنا فى هذا الموضع على هذا القدر ، وفيه الغُنية .

وقد تعلّق الشافعى رضى اللّه عنه بتأخير النبى عليه السلام الحج من السنة التى وجبت فيها إلى السنة الأخيرة من سنى عمره ، وهى السنة العاشرة مع التمكن من فعله فإنه صلى اللّه عليه وسلم لما فتح مكة فى سنة ثمان فى شهر رمضان وعاد إلى المدينة ، واستخلف على الحج عتاب ابن أسيد ، وبعث أبا بكر الصدِّيق رضى اللّه عنه فى السنة الثانية وهى سنة تسع ، وحج سنة عشر فقد أخَّر سنتين من أول سنى الإمكان .

ولنا فى رسول اللّه أسوة وبه قدوة مما أُطلق له فمطلق لنا ، وإن ادَّعوا عذراً فى التأخير فلا بد من بيانه .

وأما حُجَّتهم :

قالوا : الأمر المطلق على الفور ، لأنه مفيد للوجوب ، والواجب ما لا يسع تركه والتأخير ترك .

يبيِّنه : أن الأمر بالفعل قد تناول أول سنى الإمكان فأفاد الوجوب فيها ، وإذا وجب الفعل فى أول سنى الإمكان لم يجز تركه ، لأنه إذا جاز تركه لم يكن واجباً فعله .

وحرفهم : أن الواجب ما لا يجوز تركه فى زمان وجوبه .

٦٤/ب / فإن قلتم : إنما يجوز إلى بدل وهو العزم .

قال : لا يجوز أن يكون العزم بدلاً عن الفعل ، لأنه لو كان بدلاً من الفعل لقام مقامه بحال فى حصول المطلوب منه وتأدى المأمور به كسائر الأبدال ، ولأن العزم على الفعل واجب قبل دخول الوقت ، وما يجب قبل دخول الوقت لا يُتصور أن يقوم مقام الواجب فى الوقت ، ولأنه لا دليل على كونه بدلاً ، ولا يجوز إثبات بدل بلا دليل ، فدل عليه أنكم جوّزتم تركه مطلقاً لا إلى بدل ، وهذا لا يجوز لأنه يكون نقلاً ولا يكون فرضاً .

قالوا : ولأن التأخير يؤدى إلى أقسام كلها باطلة فيكون التأخير باطلاً ، لأن ما يؤدى إلى الباطل باطل ، وإنما قلنا ذلك ، لأنه لا يخلو : إما إن جاز التأخير لا إلى غاية أو إلى غاية .

فإن قلتم يجوز تأخيره لا إلى غاية فيكون باطلاً ، لأنه ينافى الوجوب فإن الوجوب لا بد له من فائدةٍ ، فإذا جوّزنا التأخير لا إلى غاية سقطت فائدة الوجوب ، وهذا لأن الأمر طلب الفعل ، فإذا جاز التأخير على الإطلاق بقى أمر بلا فعل ، وإن قلتم : وجد بدله وهو العزم ، فقد تكلمنا عليه .

وإن قلتم : يؤخر ويوصى ، فليس كل الأوامر مما تجوز فيها الوصية ، ولأنَّا إذا قلنا يؤخر المأمور ويوصى فكذلك وصيّه يوصى ، ووصىّ وصيّه يوصى فيؤدى إلى تسلسل الوصية أبداً ، فلا يوجد فعل ما .

وإن قلتم : يجوز التأخير إلى غاية ، فلا تخلو تلك الغاية ، إما أن تكون غاية معيَّنة أو موصوفة .

فأما المعينة : بأن تقول أخِّر الفعل إلى سنة كذا أو يوم كذا ، وتعيين السنة أو اليوم ، وهذا غير موجود بالإجماع .

وأما الموصوفة : فهو أن يُطْلِق له التأخير إلى أن يغلب على ظنه أنه لو أخَّر فات وهذا أيضاً باطل ، لأن الظن لا عن إمارة هو الظن السوداى ، وذلك غير معتبر ، وأما الظن عن إمارة من علوِ سنٍ أو مرضٍ فالناس يختلفون فى ذلك ، وإنما لا يظن أصلاً فيؤخر ويموت فيفوت الفعل أو يموت فجاءةً وبغتةً فيفوت أيضاً ، والأمر بالفعل يقتضى الفعل لا محالة ، وبهذا الطريق وجب الفعل ، وفيما قلتم إخراج الأمر من أن يكون موجباً للفعل لا محالة ، وأيضاً ما قلتم يقتضى أنه إذا أخَّر حتى مات أنه لا يعصى اللّه بتأخيره فيكون هذا والنافلة سواء .

قالوا : وأما الكفَّارات والزكوات والقضاء وغير ذلك قالوا على هذه الطريقة : إن قضية الأمر فيها أنها على الفور وإن جوّزنا التأخير إنما جوّزنا بقيام دليل .

وأما أبو زيد فقال فى هذه المسألة [1] : إن التأخير عن السنة الأولى تفويت فلا يجوز التأخير عن السنة الأخيرة من سنى العمر ، وإنما قلنا ذلك ، لأن فوات العبادة بفوات وقتها ، والحج له وقت معيَّن من السنة فإذا أُخِّر عنه فقد فات ، ألا ترى أنه فعله لا يجوز والتفويت محظور .

قالوا : فإن قلتم إن لم يحج فى هذه السنة يحج فى السنة القابلة قال : إنما يمكنه الحج فى السنة القابلة عند مساعدة الحياة إلى السنة القابلة وقد

---

(١) انظر : الأسرار ، كتاب « المناسك » ص ٣٥ - ٣٧ .

يجوز أن يساعد ، ويجوز أن لا يساعد فلا يجوز إطلاق تفويت متيقنٍ به بإدراكٍ مشكوكٍ فيه .

وربما يقولون : لو جعل غير مفوت لجعل بإدراكه وقت الحج فى السنة الثانية فإذا كان إدراك الحج فى السنة الثانية على الشك لم يجز الحكم بإدراكه ولم يذهب الفوات .

قالوا : وليس كما لو أخَّر القضاء إلى الغد ، لأنه وإن فات الصوم بدخول الليل لكن موتة الليل نادر ، والنادر لا يعتبر .

فأما موته فى السنة الثانية فليس بنادر ، وهذا لأن السنة مدة طويلة ليتقابل فيها احتمال الحياة والممات ولا يظهر رجحان ، فأما الليلة فمدة قريبة فيترجح جانب الحياة .

قالوا : وعلى هذا تخرج الزكوات والكفَّارات ، لأن الفوات لا يوجد بالتأخير فإن وقت فعلها وقت ممتد وليس بوقت يوجد وينقضى مثل ما يكون الحج .

قالوا : وأما قول مشايخكم : « إنه يكون مؤدياً للحج فى أى سنة فعله » .

قال : إنما كان كذلك لأنَّا إنما جعلناه مفوِّتاً ، لأنه لا يقين لإدراكه وقت الحج فى السنة الثانية .

قال : إدراك جاء اليقين وذهب الشك فنزلت السنة الثانية منزلة السنة الأولى ، وكذا فى الثالثة والرابعة إلى ما بعدها من السنين .

قالوا : وأما تعلقكم بتأخير النبى عليه السلام حجه إلى آخر عمره ، فإنما يستقيم التعلق به إذا كان عن غير عذر فبيِّنوا أنه أخَّر لا عن عذر حتى يصح التعلق به .

والدليل عليه : أن عندنا يجب فعل الحج فى أول سنى الإمكان ولا يجوز التأخير .

وعندكم : الأفضل أن لا يؤخر أيضاً ، والرسول ﷺ كان لا يترك الأفضل ولكن ترك لعذر ، كذلك عندنا ترك الواجب بعذر جائز .

وقد قال بعضهم : إنما أخَّر بعذر الفقر ، لأنه قد كان اختاره على الغنى ، أو أخَّر لأنه خاف المشركين على المدينة فلم يمكنه أن / يقربها [١] . ٦٥/أ

أو أخَّر لأن العرب كانوا يحجون على سنن المشركين وكان بينه وبينهم عهد فلم يرد أن يحج وهم يظهرون أعلام الشِرك بحضرته ولا يكون منه تغيير [٢] .

وقال أبو زيد [٣] على طريقته :

« إن اللّه تعالى كان أعلم النبى عليه السلام أنه لا يموت حتى يحج فلم يكن التأخير تفويتاً ، وكان على يقين من الإدراك فى المستقبل وهذا لا يوجد فى غيره » .

الجواب :

أما دلائلهم فى أن الأمر المطلق على الفور .

نقول : قولكم : « إن الأمر يفيد الوجوب » مسلَّم .

وقولكم : « إن الواجب ما لا يسع تركه » مسلَّم ، ولكن هذا ليس بترك

---

(١) كذا فى المخطوط ولعله : « يتركها » .

(٢) نقل ابن جرير ذلك فى تفسيره عن مجاهد : ٦١/١١ .

(٣) انظر الأسرار « كتاب المناسك » ص ٤٠ .

على الإطلاق بل هو ترك فى وقت ليؤديه فى وقت مثله مع استواء الوقتين فيما يرجع إلى فعل المأمور .

وقولهم : « إنه وجب فى الوقت الأول » .

قلنا : بلى ، ولكن على التوسع لا على التضييق ، ومعنى التوسع أن جميع زمان العمر مجعول كالوقت الواحد فى قبول فعل المأمور ، والتخير ثابت للمخاطب بالفعل ليؤديه فى أى أوقات هذا الزمان الممتد متى شاء بشرط أن لا يخلى العمر من فعله .

وقد بيّنا أن هذا جائز مشروعاً ومعقولاً ، فإذا عُرِف هذا تبين الفرق بين هذا وبين النفل ، لأن فى النفل يجوز إخلاء العمر عنه .

واعلم أنَّا لا نزعم أن العزم يدل على الفعل الواجب ولا يحتاج إليه وإن كان قد قاله جماعة من الأصوليين [1] ، لأنه إذا عُرِف الوجوب على الوجه الذى بيّنا كان ترك فعله فى أول أوقات الإمكان مطلقاً ولم يحتج إلى إقامة بدل مقامه ، وهذا لأن الآفة للمخالف جاءت من الجهل بمعرفة تنوع الواجب ، فإذا عرف تنوع الواجب وإنما يكون مضيقاً مرة وموسعاً أخرى ففارق النفل فى إلزام الفعل على الجملة وفارق المضيق فى جواز التأخير ليؤديه فى وقت آخر مثل الوقت الأول ، فصار جواز التأخير عن أول سنى الإمكان ، لأنه واجب موسع ، لا لأنه ليس بواجب موسع .

وأما قولهم : « إن التأخير لا يخلو من كذا » .

قلنا : يجوز التأخير عندنا إلى أن يغلب على ظنه أنه لو أخَّر عن هذه السنة يعجز عن فعله فى السنين التى تليها .

---

(١) انظر : قواطع الأدلة للمؤلف : ورقة ٢٠/ب .

وقولهم : « إن الناس يختلفون فى الظنون » .

قلنا : نحن نعلم أن للموت إمارات وعلامات ونعلم أن تلك الإمارات يغلب على ظن العاقل ما ذكرناه والحكم بالإمارة المغلبة للظنون صحيح فى الشرع بدليل الأقيسة والاجتهادات (١) .

وأما غلبة ظن السوداى من غير إمارة غير معتبر ، فأما إذا كان عن إمارة فهو معتبر مثل غلبة الظن عن الأشباه والمعانى المخيلة معتبرة فى الأحكام .

وأما غلبة الظن لا عن شبهٍ ولا عن معنىً مخيل غير معتبر ، وقد ورد لهذا نظير فى الشرع فإن الوصية واجبة فى ابتداء الإسلام على المريض إذا غلب على ظنه الموت من ذلك المرض (٢) .

فإن قالوا : إذا مرض يمكنه أن يوصى ، وإذا مرض لا يمكنه أن يحج .

قلنا : لا بد له من مرض معجز ليضيق الواجب عليه ، لكن نقول : إذا غلب على ظنه أنه إذا أخَّر عجز عن أدائه يتضيق وبناء الحكم على غالب الظن عن أمارة مثل بناء الحكم على النص بدليل الشرعيات وكان الشرع ضيق الصلوات الموظفة فى الأوقات بوجود آخرها من حيث النص ، وضيّق الحج وأشباهه من الأوامر المطلقة بوجود آخر أوقاتها من حيث غالب الظن ، والكل صحيح جائز .

وأما العصيان وإلزام سمته تارك الحج فقد تخبط فيه الأصحاب .

والأولى أن نقول :

« يجوز التأخير ولا يوصف بالعصيان إلى أن يغلب على ظنه ما ذكرناه ،

---

(١) ، (٢) انظر قواطع الأدلة للمؤلف : ورقة ٢١/أ .

فإذا وجد غلبة الظن وأخَّر لحقته حينئذ سمةُ العصيان ، وإن مات لقى اللّه تعالى عاصياً وإن مات فيما بين ذلك بغتة قبل أن يوجد غلبة الظن عن أمارة نقول : لا يكون عاصياً » [١] .

فإن قالوا : قد ترك واجباً عليه إلى أن مات فلا يجوز أن لا يكون عاصياً .

قلنا : نعم ، ترك ولكن إنما يترك واجباً موسعاً عليه ، وقد كان ينتظر تضيقه عليه بوجود غلبة الظن ، وذلك أمر معهود فى عادات الناس فإذا اخترمته المنية ، واختزلته من بين سائر الناس قبل أن يبلغ المعهود فى أجناسه لم يكن عليه عيب ولم تلحقه سمة العصيان لأنه كان على عزم أنه إذا تضيق عليه لا يؤخره مثل مَنْ عليه الصلاة مات قبل أن يبلغ آخر الوقت [٢] ، وكذلك على أصلهم فى الزكوات والكفَّارات إذا أخَّرها ومات فى خلال ذلك .

فهذا تتمة ما قصدناه من الجواب عن هذه الطريقة المذكورة على سمة الأصول وهو تام بيّن بحمد اللّه عَزَّ وَجلَّ .

وقد انتصب جماعة من المنتسبين إلى الكلام للذب عن أصول الفقه ، وظنوا أنهم يمشون من ذلك ما يعجز الفقهاء عن تمشيه ، وادَّعوا أنهم أصحاب الحقائق وأن الفقهاء أرباب الأشباه والظنون من غير عثور [٣] وعلى حقيقة .

٦٥/ب وعندى أن المتكلمين أجانب عن أصول / الفقه ، ومَنْ لم يعرف معانى الفقه وقوانينه لا يجوز الاعتماد عليه فى معرفة أصولها فلا ينبغى لفقيه أن يعدل عن سمة أهل الفقه وأن يأخذ أصول مذهبه عن مَنْ لا يعرف

---

(١) ، (٢) قواطع الأدلة للمؤلف : ورقة ٢١/أ .

(٣) كذا فى المخطوط .

معانى مذهبه فلهذا وأمثاله .... [1] البيان عن الفقه وقَلّ طلاَّبه واستولى على الناس محض التقليد والله المستعان ، وسنتبين فى أصول الفقه إن شاء الله تعالى ما يكشف عن عورات هذه الطبقة وما تقر به أعين المتّبعين للحقائق والذّابين عن معانى الفقه ومسالكه .

وأما طريقة أبى زيد ففى نهاية الضعف فإن حرفه فى طريقته أن الحياة ربما لا توجد فى السنة الثانية .

قلنا : الغالب الوجود ، لأن الموت من غير أمارات الموت من كبرٍ ومرضٍ ووجودِ ضعفٍ وغير ذلك نادر ، والأغلب أن الشاب الطرى يعيش إلى أن يهرم وعلى هذا بنى الله أمر العالَم ولو كان على خلاف ذلك لخربت الدنيا ولم تبق إلى هذا الوقت .

وإن تعلّقوا بجواز الوجود ، فهذا غير معتبر بدليل قضاء الصوم بؤخره إلى الغد ويجوز أن يموت الليلة ، وكذلك الصلاة يؤخرها إلى أن يفعلها فى آخر الوقت ويجوز أن يموت قبل ذلك ، وهذا لأن الأصل موافقة الحياة للآجال والمدد المضروبة وإن كانت على الشهور والسنين الكثيرة وأحكام الشرع مبنية على ذلك .

ولهذا لو أجّل الأثمان إلى السنين الكثيرة أو كاتب العبيد ونَجّم إلى سنين يجوز ، وكذلك الدية على العاقلة تجب إلى ثلاث سنين ولو اعتبرنا ما قالوا لم يصح شئ من ذلك ، كما لو ضرب الأجل إلى زمان لا يعيش إلى مثله قطعاً من مائتى سنة أو ثلثمائة سنة وأمثال ذلك .

ويقال لهم بطريق الجدل : لو ثبت الفوات لثبت لعدم الإدراك فى السنة الثانية وذلك على الشك فلا يثبت الفوات بالشك .

---

(١) بياض فى المخطوط .

والاعتماد على الأول .

وأما التعلق بسُنَّة الرسول ﷺ فى الحج فصحيح ، وقد كان صلى الله عليه وسلم واجداً لما يحج به ، ألا ترى أنه كان يجهز الجيوش ويبعث السرايا وقد فتح الله عليه الفتوح ووسَّع عليه الدنيا .

وقولهم : « إنهم كانوا يحجون على سَنَن الشرك » [1] .

قلنا : إن كان ثم عهد فلا بأس بترك التغيير ، لأنه وفاء بالعهد ، وإن لم يكن فكان ينبغى أن يحج ويغير .

وأما قولهم : « إنه علم أنه لا يموت حتى يحج » [2] .

قلنا : هذا لا بد فيه من نقل ، ودعوى علم الغيب على الرسول محال ، وإنما أخَّرنا للبناء على غالب الظن هذا هو الأصل إلى [1] يثبت غيره ، والله تعالى أعلم بالصواب .

* * *

---

(١) انظر الأسرار ، كتاب « المناسك » ص ١٣٩ .

(٢) المرجع السابق ص ٤٠ .

(٣) كذا فى المخطوط ولعل صحة العبارة : « أن يثبت » .

(مسألة)

مَنْ عليه فريضة الحج إذا نوى التطوع يقع عن الفرض عندنا [1] .

وعندهم : لا يقع [2] .

وعلى هذا لا يجوز للصَّرورة [3] أن يحج عن غيره [4] .

وعندهم : يجوز [5] .

---

(١) الأم : ١٠٩/٢ ، المهذب : ٢٦٨/١ ، المجموع : ٩٣/٧ ، النكت : ورقة ٩٧/ب ، روضة الطالبين : ٤٣/٣ ، معالم السنن : ٤٠٣/٢ ، حلية العلماء : ٢٠٨/٣ .

وهو الصحيح من المذهب عند الحنابلة ، الإنصاف : ٤١٦/٣ ، المغنى : ٤٢/٥ ، شرح السُّنَّة للبغوى : ٣٢/٧ .

(٢) الأسرار ، كتاب « المناسك » ص ٤٢ ، المبسوط : ١٥١/٤ ، رؤوس المسائل ص ٢٤٨ .

وهو قول المالكية وروى مثل ذلك عن الإمام أحمد .

الإشراف للبغدادى : ٢١٧/١ ، الإنصاف : ٤١٦/٣ ، المغنى : ٤٣/٥ .

(٣) الصَّرورة - بالفتح : الذى لم يحج (المصباح المنير - مادة : صرّ) .

(٤) المهذب : ٢٦٨/١ ، الأم : ١٠٩/٢ ، حلية العلماء : ٢٠٨/٣ ، النكت: ورقة ٩٧/أ ، معالم السنن : ٤٠٣/٢ ، المجموع : ٩١/٧ ، وهو الصحيح من المذهب عند الحنابلة ، المغنى : ٤٢/٥ ، الإنصاف : ٤١٦/٣ .

(٥) الأسرار ، كتاب « المناسك » ص ٤٢ ، المبسوط : ١٥١/٤ ، رؤوس المسائل ص ٢٤٨ .

وهو قول المالكية (الإشراف للبغدادى : ٢١٧/١) .

لنا :

ما رواه الحسين [1] بن ذكوان قال : حدثنا عمرو [2] بن دينار عن عطاء عن ابن عباس رضى الله عنه قال : « سمع رسول الله ﷺ رجلاً يقول : يلبى عن شبرمة فقال له رسول الله : هل حججت أنت قط ؟ قال : لا ، قال : هذه عنك وحج عن شبرمة » [3] .

وروى أبو بكر [4] بن عياش عن [5] عطاء عن ابن عباس قال : « سمع رسول الله ﷺ رجلاً يقول : لبيك عن شبرمة ، قال : حججتَ عن نفسك ؟ قال : لا ، قال : عن نفسك فلبِّ » [6] .

---

(1) فى المخطوط : « الحسن » والتصويب من سنن الدارقطنى : ٢٦٩/٢ ، وهو الحسين بن ذكوان المعلم المكتب العوذى البصرى ، ثقة .
(انظر التقريب ص ٧٣) .

(2) عمرو بن دينار المكى ، أبو محمد الأغرم الجمحى مولاهم ، ثقة ، ثبت من الرابعة ، مات سنة ١٢٦ هـ ، روى له الجماعة (انظر التقريب ص ٢٥٩) .

(3) سبق تخريجه فى ص ١٤٨ ، وروى هذه الرواية الدارقطنى فى سننه : ٢٦٧/٢ ، ورواها البيهقى فى سننه : ٣٣٧/٤ .

(4) أبو بكر بن عياش بن سالم الأسدى الكوفى المقرئ الحناط ثقة عابد إلا أنه لما كبر ساء حفظه وكتابه صحيح ، من السابعة ، مات سنة ١٩٤ هـ ، وقد قارب المائة ، روى له أصحاب الكتب الستة (انظر التقريب ص ٢٩٦) .

(5) كذا فى المخطوط ، وفى سنن الدارقطنى والبيهقى : « عن ابن عطاء عن عطاء » .

(6) روى هذه الرواية الدارقطنى فى سننه : ٢٦٩/٢ ، والبيهقى فى سننه : ٣٣٧/٤ .

وفى رواية ثالثة : « أيّها الملبى عن فلان إن كنت لم تحج حجة الإسلام فلبِّ عن نفسك » [1] والخبر نص .

قالوا : روى خالد بن صبيح عن الحسن بن عمارة عن عبد الملك [2] بن ميسرة عن طاووس عن ابن عباس أن النبى عليه السلام سمع رجلاً يلبى عن نبيشة ، فقال : « أيُّها الملبى عن نبيشة هل حججتَ عن نفسك ؟ قال : لا ، قال : هذه عن نبيشة وحج عن نفسك » [3] .

الجواب :

(إنه تفرَّد بهذه الرواية الحسن بن عمارة وهو متروك الحديث والمحفوظ عن ابن عباس حديث شبرمة) [4] الذى ذكرناه .

وقد روى الحسن بن عمارة مثل ما رواه غيره ، ذكره الدارقطنى فى السنن [5]، وقال : (وهذا هو الصحيح عن ابن عباس وما قبله وهم ، قال : والحسن بن عمارة كان يرويه على ما رووا ثم رجع إلى الصواب فحدَّثه على موافقة غيره من الرواة وهو متروك الرواية على كل حال) [6] .

---

(١) روى هذه الرواية الدارقطنى فى سننه : ٢/٢٦٩ .

(٢) عبد الملك بن ميسرة الهلالى أبو زيد العامرى الكوفى الزرّاد ، ثقة من الرابعة ، روى له الجماعة (انظر التقريب ص ٢٢٠) .

قال ابن سعد فى الطبقات : توفى فى ولاية خالد بن عبد الله القسرى بالكوفة . (انظر الطبقات : ٦/٣١٩) .

(٣) روى هذه الرواية الدارقطنى فى سننه : ٢/٢٦٩ .

والبيهقى فى سننه من طريق الدارقطنى : ٤/٣٣٧ .

(٤) ما بين القوسين نقلاً من سنن الدارقطنى : ٢/٢٦٨ .

(٥) انظر سنن الدارقطنى : ٢/٢٦٨ ، ٢٦٩ .

(٦) ما بين القوسين نقلاً من سنن الدارقطنى : ٢/٢٦٩ .

والمعنى : أن وقوع الحج المنوى عن فريضة الحج نوع نظر من الشرع للعبد ، وقد ورد مثل هذا النظر فى الحج بدليل أنه لو أطلق النيِّة ، فإنه يقع عن الفرض ونية المطلقة ونية النفل واحد لأنه ليس للنفل وصف زائد على مطلق العبادة .

وقولهم : « إنها نفل » معناه ليس بفرض ، ولهذا المعنى فى جميع العبادات إذا أطلق النية تقع عن النفل ، ولكن إذا أطلق نيِّة الحج يقع عن الفرض نظراً من قبَل الشرع ، وكذلك إذا طاف النفل وعليه فريضة الطواف يقع عن الفرض أيضاً ، وإنما كان هذا التخصيص من النظر للعبد فى أمر الحج ، لأنه عبادة شاقّة ويحتاج فى أدائها إلى كلف شديدة وقطع شُقَّة بعيدة ، وتحمل مؤنات كثيرة على ما ورد به نص الكتاب فقال تعالى : ﴿ لَمْ تَكُونُواْ / بَالِغِيه إلاّ بِشِقِّ الأنفُسِ ﴾ [1] ، ولا يجوز أن يقال : إن هذا فى حق بعض الناس دون البعض ، لأن هذا موجود فى حق أكثر الناس وإنما يوجد العدد اليسير حضوراً لحضرة الكعبة .

٦٦/أ

فأما عامة الناس فإنهم يدانونه من البُعد ويضربون أكباد الإبل ويقطعون المفاوز البعيدة والبرارى الشاسعة حتى يصلون إلى الحج فاحتاج لهذا المعنى مَنْ عليه الحج إلى نوع نظر من قبَل الشارع فكان من النظر أن منع مَنْ عليه فريضة الحج أن يقصد النفل منه وعيّن عليه الفرض ثم اكتفى منه بنية أصل الحج وألغى كل وصف يضمه إليه مما لا يلائم صفة الواجب عليه من وصف نفل أو نيِّة عن الغير أو نيِّة نذر وما أشبه ذلك فصار الحج فى هذه الصورة مثل الإسلام المفروض ولو أسلم بنيِّة النفل أو أسلم عن الغير فإنه يكون إسلامه عن الفرض الذى عليه بكل حال ، كذلك ههنا .

---

(١) سورة النحل : جزء من آية ٧ .

وأما حُجَّتهم :

قالوا : عبادة مقدَّرة بأفعالها فلا يقع بفعلها عن فرضها .

دليله : الصلاة .

والدليل على أنها مقدَّرة بالأفعال أنه إذا سُئِل عن الحج فإنه يُعلم بالأفعال فيقال : إحرام ووقوف وطواف وسعى ورمى وحلق ، مثل الصلاة تُعرف بالأفعال فيقال : إفتتاح وقيام وقراءة وركوع وسجود وقعود ، وهذا لأن العبادة لما كانت أفعالاً فوجوبها فى الذمة وكان الوقت خالياً عنها إلى أن يأتى بها ثم إذا أتى بها لا يكون الوقت لتقدير العبادة حتى إذا قدر بنوع من العبادة لا يقبل غيره بل كان محلاً وشرطاً للعبادة مثل الوضوء شرط للصلاة فإن فعل الفرض فيه صحٌ وإن فعل النفل فيه صح ، ومثل الوضوء إن صلى الفرض به يصح وإن صلَّى النفل به يصح وهو مثل وقت الصلاة .

قالوا : وأما الصوم فإنه عبادة مقدَّرة بالوقت فإذا قُدِّرت عبادته لم يبق غيرها مقدَّرة به وصار ذلك الوقت مسمى بهذه العبادة على التخصيص فلم يُتصور أن يكون لغيرها مثل ما يوضع شئ فى مكان وشغل به لا يتصور أن يكون غيره مشغولاً به ، وكذلك مَنْ استأجر رجلاً ليعمل له عملاً فى وقت معلوم فعلى أى وجه عمل ذلك العمل يكون عن ذلك العمل المسمى فيه بالعقد .

قالوا : وأما إذا أطلق النية إنما وقع عن الفرض ، لأنه وُجِدت نيِّة الفرض بدلالة الحال وإن لم توجد بالصريح والنص ، ودلالة الحال هى أن الإنسان لا يتكلف أداء مثل هذه العبادة عن جهة النفل وعليه الفرض

فهو وإن أطلق النيِّة ولم يرده صريحاً فكأنه أراده دلالةً ، ومثل هذه الدلالة لا توجد فى الصلاة غير أن هذه الدلالة إنما يُصار إليها إذا لم يوجد التصريح بالنفل ، فأما إذا صرّح بالنفل سقط حكم الدلالة مثل نقد البلد فإنه يتعين فى البياعات بدلالة الحال ثم إذا وُجِد التصريح بغيره سقط دليل الحال .

قالوا : وأما إذا طاف عن النفل وعليه طواف الفرض فذلك فعل مستحَق عليه بأصل الإحرام فتغيره بالنيِّة باطل ، مثل ما لو نوى بسجود الصلاة سجود النفل فإنه تبطل نيته ويقع عن الفرض .

الجواب :

أن أصل كلامهم ، مسلَّم ، ولكن يدخل عليه الصوم ، وليس لهم عذر واضح .

وقولهم : « إنه مقدَّر بالزمان » .

قلنا : وإن كان كذلك لكن الواجب عليه فعل يفعله وهو الكف عن قضاء الشهوات على ما عُرِف ، وليس بشئ محسوس فوُضِع فى مكان حتى لا يتصور أن يكون ذلك المكان مشغولاً بغيره ، وكما أن الوجوب فى أفعال الحج والصلاة يلاقى الذمة ، كذلك الوجوب فى فعل الصوم يلاقى الذمة ، وكما أن الوقت فى الصلاة والحج يكون خالياً إلى أن يأتى بالأفعال كذلك فى الصوم يكون الوقت خالياً إلى أن يأتى بالفعل الذى هو الصوم ، وكما يقبل وقت الحج والصلاة الخلو عن فعل العبادة أصلاً كذلك وقت الصوم يقبل الخلو عن الصوم أصلاً فيبقى على هذا أنه إذا أتى بالفعل لا يكون آتياً بالفرض ويصير كأنه لم يأت بالصوم أصلاً ، وعلى الجملة لا يتضح لهم عذر عن الصوم بحال .

وأما عذرهم عما إذا أطلق النيِّة ، فليس بشئ ، فإنه لو أبهم النيِّة فى الإحرام ولم ينو حجاً ولا عُمْرةً فإنه لا يقع عن الحج عندهم ، وإن كانوا يقولون إن العمرة تطوع والحج فرض ، ودلالة إن كانت توجد إذا أطلق النية فى الحج فيوجد إذا أبهم بأن أحرم ولم ينو حجاً ولا عمرةً فاجعلوا إحرامه عن الحج فى هذه الصورة كما جعلتم حجه عن الفرض فى تلك الصورة لأجل دلالة الحال .

فأما ما قالوه من دلالة الحال موجود فى الموضعين ، وهذا لا يلزم على أصلنا لأن عندنا العُمرة فرض كالحج سواء ، وإن كان قد أدَّى العُمرة فإن إحرامه كيف فعله يقع عن .... [1] فإن الاعتبار / دليل الحال ساقط ٦٦/ب من وجه آخر ، وذلك أن الإنسان لا يتكلف لفعل هذه العبادة الشاقة ويحمل المؤنات الكثيرة ثم يدع نيِّة الفرض فدلالة الحال موجود فى ترك الفرض لا فى فعل الفرض ، فاجعلوا مطلق النيِّة بمنزلة نيِّة النفل بدليل الحال فإن هذا أقرب إلى الصواب .

وأما مسألة نقد البلد ، فليس يدخل على هذا ، لأن الكلام فيما يحتاج إلى النية من العبادات .

فأما أمر المعاملات فعلى خلاف أمر العبادات ولا حاجة فيها إلى النيِّة أصلاً ، والعُرف حكم فى المعاملات فى كثير من المواضع فجُعِل أيضاً حكماً فى هذا الموضع .

وأما مسألة الطواف فلازمة .

وقولهم : « إنه مستحق عليه فعله بعقد الإحرام » .

---

(١) الكلمة مطموسة فى المخطوط .

قلنا : نعم ، ولكن الوقت واسع فقولوا : إذا طاف بنيِّة النفل يقع عن النفل ثم إذا طاف بعد ذلك عن الفرض يكون عما عليه من الفرض مثل مَنْ عليه فرض الصلاة إذا فعل فعلاً ، ومع ذلك لم يجز ووقع عن الفرض ، دلَّ أنه كان للمعنى الذى بيَّناه من النظر الشرعى بالفائت فى أمر الحج على الخصوص .

وأما قولهم : « لو سجد بنيِّة النفل وعليه سجود الفرض يقع عن الفرض » .

قلنا : هذا عندكم ، أما عندنا تبطل صلاته . واللَّه أعلم .

* * *

(مسألة)

لا يجوز الإحرام بالحج قبل أشهر الحج عندنا ويكون إحرامه لعُمرة [1] .

وعندهم : ينعقد الحج [2] .

وحرف المسألة : أن [3] عندنا فعل من أفعال الحج [4] .

وعندهم : شرط الحج وليس بفعل من أفعاله [5] .

---

(١) المهذب : ٢٦٩/١ ، المجموع : ١١٧/٧ ، النكت : ورقة ٩٨/ب ، حلية العلماء : ٢١١/٣ ، ٢١٢ .

(٢) الأسرار ، كتاب « المناسك » ص ٥٠ ، مختصر الطحاوى ص٦٣، بدائع الصنائع : ٣٣٣/١ .

وهو قول المالكية ، قال البغدادى فى إشرافه : « يكره أن يحرم بالحج قبل أشهره فإن فعل لزمه » .

انظر الإشراف : ٢١٩/١ ، أحكام القرآن لابن العربى : ١٠٠/١ ، الجامع لأحكام القرآن : ٣٤٣/٢ .

(٣) كذا فى المخطوط ، ولعل صحة العبارة « أن الإحرام عندنا » .

(٤) المجموع : ٢٠٥/٧ ، المنهاج مع المغنى : ٥١٣/٣ ، النكت : ٩٨/ب .

وهو قول المالكية ، والحنابلة ، انظر : الكافى فى فقه أهل المدينة : ٣٥٩/١ ، قوانين الأحكام ص ١٤٨ ، الإفصاح : ٣٦٩/١ .

(٥) الأسرار ، كتاب « المناسك » ص ٥٠ ، مختصر الطحاوى ص ٦٣ ، بدائع الصنائع : ٣٣٢/١ ، ١١٧٢/٣ ، بداية المبتدئ مع فتح القدير : ٤٣٧/٢ ، مختلف الرواية : ورقه ٦٣/ب ، الدر المختار : ٤٦٧/٢ .

وعلى هذا الخلاف ، تحريمة الصلاة [1] .

لنا :

إن الإحرام فعل من أفعال الحج فلا يجوز فى غير وقته .

دليله : سائر أفعاله ، وكما لا تجوز أفعال الصلاة فى غير وقت الصلاة ، والدليل على أنه فعل من أفعال الحج أنه شروع فى الحج ، والحج فعل عبادة ، والشروع فى فعل عبادة لا يكون إلاّ بفعل العبادة ، وإن شئت قلت : الإحرام شروع فى أداء العبادة والشروع فى أداء العبادة لا يكون إلاّ بأداء العبادة .

والوجيز من الكلام هو أن الشروع فى الأداء أداء ، وهذا دليل فى نهاية القوة ، وهو على مثال الدلائل القطعية .

يبيِّنه : أنه يقال له قبل الإحرام حج ، ويقال له بعد الإحرام أتم الحج ، ولو قيل له بعد الإحرام حج يكون القائل هاذياً لاغياً ، وقبل الإحرام يكون فى قوله مستقيماً محقاً ، ولأنَّا اجتمعنا على أن النيِّة شرط عند الإحرام ، وكذلك فى الصلاة عند التحريمة ، والنيِّة إنما تُشترط لصحة الأداء ، ولو لم تكن التحريمة من الصلاة والإحرام فى الحج من الأداء لما شُرِط إحضار نيِّة الأداء عند التحريمة والإحرام فثبت بهذه الدلائل أن الإحرام فعل من أفعال الحج .

وإذا عُرِف هذا فنقول :

---

(١) فعند الحنفية شرط وليست بركن ، بدائع الصنائع : ١/٣٣٢ .

وعند الشافعية وبقية العلماء هى ركن من أركان الصلاة . انظر المهذب : ١/١١٦ .

وقت الحج هو الأشهر المعلومة ، وذلك شوال وذو القعدة وعشر من ذى الحجة .

والدليل عليه : الوحى الناطق ، والحكم الصادق .

أما الوحى فقوله تعالى : ﴿ الحَجُّ أَشْهُرٌ مَّعْلُومَاتٌ ﴾ [1] ومعناه وقت الحج أشهر معلومات ، لأن نفس الحج أفعال وليس بأشهر ، غير أن العبادة تذكر ويُراد بها وقتها يقال : شك صلاة الظهر أى وقت صلاة الظهر ، وقال النبى عليه السلام : « إن للصلاة أولاً وآخراً » [2] معناه لوقت الصلاة أولاً وآخراً بدليل أنه فسّره بالوقت فقال : إن أول وقت الظهر كذا وآخر وقته كذا .

يدل عليه : أنه تعالى قال : ﴿ فَمَن فَرَضَ فِيهِنَّ الحَجَّ ﴾ [3] ، ومعناه فعل فيهن الحج يعنى فى هذه الأشهر .

وقد أجمع المفسرون أنها شوّال وذو القعدة وعشر من ذى الحجة [4] .

وأما الحكم فعلى أصلنا ظاهر ، وإنما الحاجة فى بيان ذلك على أصلهم فالدليل (أنهم قالوا : فيمن أحرم لعُمرة فى رمضان وقضاها ثم حج من عامه لا يكون متمتعاً ، ولو أحرم بالعُمرة فى شوّال وقضاها ثم حج من

---

(١) سورة البقرة : جزء من آية ١٩٧ .

(٢) لم أقف عليه بهذا اللفظ ، أما معناه فقد جاء فى الأحاديث الواردة فى تحديد أوقات الصلوات .

(٣) سورة البقرة : جزء من آية ١٩٧ .

(٤) ذكر ذلك الفخر الرازى فى كتابه « مفاتيح العيب » فقال : « اتفق المفسرون على أن تلك الثلاثة : هى شوّال ، وذى القعدة ، وبعض من ذى الحجة » (انظر مفاتيح الغيب : ١٧٤/٥) .

عامه يكون متمتعاً ، وكذلك على أصلهم لو أحرم بالعُمرة فى رمضان وأتى بأفعالها فى شوّال ، وإنما افترقت الصورتان لأن المتمتع هو الذى يجمع بين النسكين فى وقت الحاجة ولو كان رمضان وقتاً لكان متمتعاً فى الحالين .

وكذلك قالوا : لو أحرم بالحج فى رمضان وسعى فيه كان عليه أن يعيد السعى إذا طاف يوم النحر ، ولو كان طاف فى شوّال والمسألة بحالها لم يعد السعى ، لأن السعى من أفعال الحج فلا يجوز أداؤه قبل الوقت) [١] وفى المسألة الأولى أتى به خارج الوقت ، وفى المسألة الثانية أتى به فى الوقت .

قالوا : أيضاً (لو وجد الزاد والراحلة فى رمضان وحضره الموت لا يلزمه أن يوصى بالحج ، ولو وجد فى شوّال وحضره يلزمه أن يوصى به) [٢] ، والمفرق ما بيّنا .

فثبت أن وقت الحج مقصور على هذه الأشهر ، وثبت بما قدمنا أن الإحرام فعل من أفعال الحج فلم يجز قبل وقته .

وأما حُجَّتهم :

٦٧/أ قالوا : الإحرام شرط لأفعال الحج [٣] وليس / بفعل من أفعاله ولا هو ركن من أركانه ، ومحله محل الطهارة فى الصلاة ووقت فعل العبادات لا يشترط لشرط العبادة ، ألا ترى أنه يجوز الوضوء قبل دخول الوقت ولم

---

(١) ما بين القوسين نقلاً من الأسرار ، كتاب « المناسك » ص ٥٤ .
وانظر : الجامع الصغير ص ١٦٢ .

(٢) ما بين القوسين نقلاً من الأسرار ، كتاب « المناسك » ص ٥٢ .

(٣) انظر الأسرار ، كتاب « المناسك » ص ٥٠ .

يعتبر لصحته وجود وقت الصلاة ، ثم الدليل على أنه شرط وليس بركن أنه معنى يستوعبه كل أفعال العبادة مثل الطهارة فى الصلاة وهذا هو حدّ الشرط وهو ما يراعى قيامه لفعل العبادة كلها إلى أن تنتهى إلى آخرها [1] كالطهارة وستر العورة والمكان والوقت فى باب الحج والجمعة . وأما حدّ الركن ما تؤدى به العبادة ويكون انقضاؤه بشروع فى ركن مثله كالقيام يكون انقضاؤه شروعه فى الركوع ، والركوع ينقضى بالسجود ، وهذا لأن العبادة التى تشتمل على أفعال مختلفة تكون أفعالها على التوالى والترادف [2] يفرغ من فعل ويشرع فى فعل بدليل أفعال الصلاة وكذلك سائر أفعال الحج ، فلو كان الإحرام فعلاً من أفعال الحج لكان سبيله هذا ولم تعتبر استدامته ليؤدى كل الأفعال ثم يتحلل منه .

قالوا : ولأن أفعال الحج تنفصل عن الإحرام بدليل أنه يُحْرِم فى أول هذه الأشهر ثم إنه يأتى بالأفعال فى الأيام المخصوصة ولو كان الإحرام فعلاً من أفعال الحج لم يجز أن ينفصل عنها كسائر أفعاله وكان من حقها أن توجد على الترادف والتولى مثل أفعال الصلاة ، ولأن الحج زيارة أمكنة معلومة وحضور مشاهد مخصوصة تعظيماً لها وقضاءً لحقها لامتثال أمر الواضع لتلك الحرمات والمثبت لتلك الحقوق ، والتلبية ليس من هذا فى شئ وإنما هى ذِكر باللسان وليس عبادة الحج عبادة الأذكار إنما هى عبادة الأفعال على ذلك المنهج المخصوص .

قالوا : ولهذا يختص كل فعل من أفعال الحج بمكان مخصوص ، وكذلك بزمان مخصوص ، بخلاف الإحرام فإنه لا يختص بزمان على التعيين ولا بمكان. فثبت بهذه الدلائل أنه شرط وليس بركن فأشبه الطهارة على ما ذكرنا .

---

(١) انظر الأسرار ، كتاب « المناسك » ص ٥١ .

(٢) انظر الأسرار ، كتاب « المناسك » ص ٥٢ .

قالوا : (وليس كالخطبة فى الجمعة حيث يُعتبر لها وقت الجمعة وإن كانت شرطاً ، لأن وقت الجمعة إنما اعتبر لها ، لأنها أقيمت مقام الركعتين) [1] فى الشرع على ما وَرَدَ عن الصحابة رضوان اللّه عليهم ، فإذا أقيمت مقام الركعتين لم يكن بُدٌّ من اعتبار وقت الصلاة لها .

قالوا : ولا يجوز أن يقال إنه لو كان شرطاً لما لزمه المضى فى العبادة بمباشرة الشرط ، كما لا يلزمه المضى فى الصلاة بمباشرة الطهارة ، لأن عندنا وإن كان الإحرام شرطاً لكنه مع ذلك عقد على الأداء وهو نظير عقد الإجارة على أصلنا فمن حيث أنه عقد على الأداء يلزمه المضى فى الحج بخلاف الطهارة .

قالوا : ولهذا يكره الإحرام بالحج قبل أشهر الحج ، لأنه عقد على الأداء .

وبعضهم قال : إنما كُرِهَ لخوف أن يقع فى محظورات الحج لامتداد الوقت فيكون التقديم سبباً للوقوع فى الجناية فيُكره لهذا المعنى .

والجملة أنهم يقولون : الإحرام شرط لأداء العبادة وعقد على أداء العبادة وإلى أيّهما نظرنا لا يكون ركناً من أركان العبادة فلم يعتبر وقت العبادة فى فعله .

قالوا : وأما تحريمة الصلاة إنما اعتبر لها وقت الصلاة وإن لم تكن من الصلاة عندنا لأنها لا تصح إلاّ متصلة بالأداء وهو القيام فينظر لها ما يُشترط فى الصلاة لأجل القيام بخلاف الإحرام فإنه يوجد منفصلاً عن أفعال الحج فلا يُشترط له ما يشترط لأفعال الحج .

---

(١) ما بين القوسين نقلاً من الأسرار ، كتاب « المناسك » ص ٥٧ .

وقد قال أبو زيد فى الأسرار [١] : « إن الإحرام التزام الحج فأشبه النذر ، واستدل فى أنه التزام للحج بالوجوه التى بيّناها .

وقال أيضاً : إنه من وجهٍ يشبه النذر ، لأنه التزام غير متصل بالأداء فى الحال ومن وجهٍ يشبه تحريمة الصلاة ، لأنه التزام يفضى إلى الأداء بنفسه من غير حاجة إلى عقد الأداء وعلى هذين الشبهين قسم الأحكام .

قالوا : ولأجل الشبه بالتحريمة كرهنا الإحرام فى غير أشهر الحج .

قالوا : ولا يجوز أن يقال بأن الإحرام يتصل به الكف عن المحظورات وهو فعل من أفعال الحج ، وذلك لأن الكف عن المحظورات ليس من أفعال الحج ولا هو أداء له بوجهٍ ما .

ألا ترى أنه وإن طال الكف شهر أو شهران لا يتأدى به شئ من الحج ويكون الحج بعد ذلك فى الكمال مثل ما لو أحرم وأتى بالأفعال عقيبه ، ولا يقال إذا مضى أوقات فى الكف أنه فعل بعض الحج بخلاف ما لو أتى ببعض الأفعال ، وهذا لأن الحج أفعال على ما ذكرنا أنه عبارة عن زيارة أمكنة على سبيل التعظيم لله تعالى وليس بعبارة عن الكف وليس من شرط الأداء أن يكون كافّاً عما حظره عليه إحرامه كالصلاة عبارة عن الأفعال ولكن من شرط الأداء أن يكون كافّاً عما لا يليق بالصلاة من كلام الناس وغيره .

وأما الصوم ففعله نفس الكف بدليل أنه إذا مضى بعض اليوم يقال فعل بعض اليوم .

قالوا : ولا / يجوز أن يقال إن الإحرام لو كان التزاماً للحج لكان يصح ٦٧/ب

---

(١) انظر كتاب « المناسك » من الأسرار ص ٥٨ .

لسنة أخرى كالنذر ، لأنَّا قد ذكرنا أنه التزام كالنذر وعقد على الأداء كتحريمة الصلاة فمن حيث أنه التزام منفصل عن الأداء صح قبل الوجوب ، ومن حيث أنه عقد على الأداء يتناول يصلح له كعقد الإجارة يتناول أول وقت يصلح له وأشبه نيّة الصوم فإنه إذا نوى بالليل أن يصوم يتناول أول اليوم الذى يليه ولا يتأدى بها صوم يوم آخر وإن صحَّت النيِّة فى غير وقت الأداء فلم يتناول نيِّة اليوم الذى يليها ، كذلك الإحرام يتناول الوقت الذى يليه ، ولم يجز أن يستديم الإحرام ليؤدى الحج فى سنة أخرى .

الجواب :

إنَّا قد دللْنا على أن الإحرام أحد أفعال الحج ودعواه أنه شرط بعيد جداً بدليل ما قدَّمنا ، وبدليل وجوب مباشرة أفعال الحج وتحريم تأخرها عن هذه السنة مباشرة شرط العبادة لا يوجب فعل العبادة بدليل الطهارة وستر العورة وهذا الدليل أيضاً وارد على قولهم : « إنه إلتزام » ، لأنه لو كان كذلك لصار كالنذر ولو كان كالنذر وجب أن يحتاج إلى ابتداء المباشرة ثم يكون ذلك إلى اختياره .

وقولهم : « إنه عقد على الأداء » .

يقال لهم : على الأداء من حيث الشروع أو من حيث الالتزام ؟ فإن قلتم : من حيث الشروع ، جاء ما قلنا على ما سبق تقريره ، وإن قلتم : من حيث الالتزام ، فوجب أن يكون بمنزلة النذر ويكون حكمه على ما قدّمنا .

وقولهم : « إنه يشبه هذا من وجهٍ وهذا من وجهٍ » .

قلنا : الشروع فى مثل هذا الكلام علامة عجز المدَّعى عن تمشية ما ادعاه ، ويقال : إذا كان التزاماً لا يكون شبه بالشروع وإذا كان شروعاً لا يكون له شبه بالالتزام ، وأيضاً إذا كان الالتزام المحض يجوز قبل دخول

الوقت والشروع المحض لا يجوز قبل دخول الوقت ، فما يشبه الالتزام ويشبه الشروع لم يجز [1] قبل دخول الوقت وما يجوز من وجه ولا يجوز من وجه لِمَ قلتم إنه يجوز ؟

وأما الذى اعتمدوا عليه من قولهم : « إنه معنى يستوعب جميع العبادة » .

فوجب الجواب عنه :

إن الإحرام ركن من أركان الحج وفعل من أفعاله ، وهو أيضاً شرط لسائر أفعال الحج حتى إنه ما لم يكن قائماً لا تجوز سائر الأفعال وإنما قلنا ذلك بحسب قيام الدليل ، فإن الدليل قد قام أنه فعل من أفعاله على ما قدَّمنا ، وقام الدليل أن وجوده شرط لصحة سائر الأفعال فقلنا بهما جميعاً ، ولا يستنكر أن يكون الشئ الواحد فعلاً فى عبادة من العبادات ثم يكون وجوده شرطاً لصحة سائر الأفعال ، وقد وَرَدَ مثل هذا فإن الإسلام معنى واجب فى نفسه وهو أصل كل أركان الدين ثم هو شرط لصحة سائر أفعال العبادات .

وأما تعلقهم بانفصال الأفعال عن الإحرام .

قلنا : وقد ينفصل وقد لا ينفصل بدليل أنه لو أحرم وطاف وسعى عقيبه فإنه يعتد بهذا السعى عن السعى الواجب فى الحج ، وكذلك طواف القدوم مشروع فعلاً من أفعال الحج وقد أتى به عقيب الإحرام فدل على أن الانفصال الذى قالوه ليس بشئ لازم ، بل يجوز أن يوجد ويجوز أن لا يوجد ، وعلى أن مبنى أفعال الحج على الانفصال مكاناً وزماناً ، ألا ترى أن بعضها يُفعل فى مكان من الحِلّ وبعضها يُفعل فى مكان من

---

(١) فى المخطوط : « يجوز » ، والتصويب من المحقق .

الحرم وبعضها يُفعل بقرب البيت وبعضها يُفعل بالبُعد من البيت فلما كان وضع هذه الأفعال على الانفصال فيجوز أن تقرب مرة مدة الانفصال وتبعد مرة مدة الانفصال ، وأما الصلاة موضع أفعالها على الإتصال .

وأما قولهم : « إن الحج عبارة عن زيارة بقاع مخصوصة وحضور مشاهد معلومة » .

قلنا : مع هذا كله يجوز أن يكون الذكر فعلاً من أفعال الحج ، ألا ترى أن ذكر اللّه تعالى من التلبية والتكبير مشروع فى أثناء الحج على وجه السُنَّة وذلك فعل من أفعال الحج ، فكذلك يجوز أن يكون مشروعاً فى الابتداء ويكون فعلاً من أفعال الحج فهذا وجه الجواب عما تعلَّقوا به . واللّه أعلم بالصواب .



(مسألة)

وعلى هذا الأصل الذى قدمّناه نقول : إذا أحرم بحجتين لم تنعقدا وينعقد أحدهما [١] ، وكذلك إذا أحرم بعُمرتين [٢] ، ومذهب محمد مثل مذهبنا [٣] .

وعند أبى حنيفة رضى الله عنه وأبى يوسف ينعقدان جميعاً [٤] ، ثم ترتفض أحدهما فى الحال على قول أبى يوسف [٥] .

وعند أبى حنيفة ترتفض إذا شرع فى العمل لأحدهما [٦] .

---

(١) المهذب : ٢٧٥/١ ، الأم : ١١٦/٢ ، النكت : ورقة ١٠٢/ب ، المجموع : ١١٧/٧ ، ١١٨ .

وهو قول مالك وأحمد ، انظر الإشراف للبغدادى : ٢٣٦/١ ، المنتقى للباجى : ٢١٣/٢ ، الإنصاف : ٣/. ٤٥ ، المغنى : ٥/. ١٠ .

(٢) المجموع : ١١٨/٧ .

(٣) بدائع الصنائع : ١١٩٤/٣ ، الأسرار كتاب « المناسك » ص٦١ ، مختلف الرواية : ورقة ٦٠/أ .

(٤) بدائع الصنائع : ١١٩٥/٣ ، مختلف الرواية : ورقة ٦٠/ب .

(٥)،(٦) الأسرار كتاب « المناسك » ص ٦٥ ، مختلف الرواية : ورقة ٦٠/ب .

قال فى البدائع : « وعن أبى حنيفة روايتان : فى الرواية المشهور عنه : « يرتفض إذا قصد مكة » ، وفى رواية : « لا ترتفض حتى يبتدئ بالطواف » ا . هـ

وثمرة الخلاف تظهر فى وجوب الجزاء إذا قتل صيداً :

فعند أبى حنيفة ومحمد يجب جزاءآن لانعقاد الإحرام بهما .

وعند أبى يوسف يجب جزاءً واحداً لانعقاد الإحرام بأحدهما .

(انتهى من بدائع الصنائع : ١١٩٥/٣) .

والدليل على أنهما لا ينعقدان أن الإحرام ركن من أركان الحج فلم يُتصوّر الجمع بين ركنين من الحج كما لا يجوز الجمع بين وقوفين وطوافين ، وكذلك لا يصح الجمع بين حجتين فى سنة واحدة أداءً أو قضاءً .

٦٨/أ وأما أبو حنيفة رحمة / الله عليه وأبو يوسف قالا : الإحرام التزام للحج فيصح الجمع فيه بين حجتين .

دليله : النذر .

يبيِّنه : أن فساد الجمع بين الحجتين إنما هو لأجل الأداء فإن الله تعالى ما شرع أداء حجتين فى سنة واحدة من واحد بحال ، كما لم يشرع أداء صومين فى يوم واحد بحال فإذا كان الفساد للأداء والأداء ينفصل عن الإحرام لم يفسد الإحرام لتعذر الأداء ، كما لو أحرم ليلة عرفة بالكوفة أو بأقصى خراسان فإنه عاجز عن أداء الحج فى هذه الصورة ومع ذلك ينعقد إلا أن العجز فى هذه الصورة من حيث عجز العبد عن إدراك الحج وفعله ، والعجز فى مسألتنا من حيث أن الشرع لم يجعل له أن يجمع أداءين فى وقت واحد فإذا كان العجز فى أحد الموضعين لا يمنع الانعقاد كذلك فى الموضع الآخر .

قالوا : وليس كما لو جمع [١] بين أختين حيث لا ينعقد واحد من النكاحين ، لأن مسألتنا مخالف لهذه المسائل بدليل أن فى مسألة النكاح لا ينعقد واحد من النكاحين ، وفى مسألتنا انعقد إحدى الجهتين بلا خلاف فوجب أن ينعقد الآخر ، لأنه لو بطل الانعقاد كان يبطل فيهما .

ثم قالوا : النكاح إيجاب ملْك محلل وما له حكم غير ذلك ، وهذا الحكم فائت إذا جمع بين الأختينِ ، لأن الجمع فائت شرعاً لا يثبت بحال مثل ما يفوت فى الخمس من الأجنبيات ، والعقد لا ينعقد إلاّ لحكمه فلا ينعقد إذا تحققنا فوات حكمه .

---

(١) فى المخطوط : « أجمع » ، والتصويب من المحقق .

وأما الإحرام فينعقد فى الحال لأجل الإلتزام وفى المال للأداء فالأداء إن لم يتصوّر جمعاً ، فالالتزام يُتصور ثم الخروج عن حكم الالتزام بفعل أحدهما وقضاء الآخر .

وأما الارتفاض فى أحدهما فعند أبى يوسف فى الحال [١] ، لأنه لو بقى لبقى الأداء والأداء جمعاً فلا بد أن يرتفض أحدهما فارتفض فى الحال.

وعند أبى حنيفة رحمة اللّه عليه لا بد للارتفاض من رافض فجعل الشروع فى أحدهما [٢] ثم حصول التوجه إلى أحدهما فصار الآخر مثل ما جعل الظهر مرفوضاً بالتوجه إلى الجمعة .

الجواب :

إن هذه كلها بناء على أن الإحرام التزام الحج ، وقد بيَّنا أنه حج فى نفسه والجمع غير مشروع فى الحج فَبَطَلَ ، وليس كما لو أحرم بأقصى خراسان ليلة عرفة ، لأنه أحرم لمشروع إلاّ أنه عجز عنه فصار بمنزلة فائت الحج ، وأما ههنا أحرم بما ليس بمشروع .

وأما إنعقاد إحرامه بإحدى الحجتين فلأنه لا مانع منه ، أما إذا جمع بين أختين فقد تعلق به منازعة الأذى فى حقه ، وليس إثبات الحق لأحدهما بأولى من الآخر فبطلا ، وهذا لا يوجد فى مسألتنا .

وأما إذا أحرم بصلاتين أو نوى صومين ففى النفلين أو النفل والفرض ينعقد أحدهما نفلاً ، وفى الفرض لم ينعقد لعدم التعيين ، ونيِّة التعين شرط فى صحة الفرض . واللّه أعلم .

* * *

---

(١) ، (٢) انظر : الأسرار ، كتاب « المناسك » ص ٦٥ ، بدائع الصنائع : ١١٩٥/٣ .

(مسألة)

يجوز الاستئجار على الحج عندنا [1] .

وعندهم : لا يجوز [2] .

وعلى هذا الخلاف الاستئجار على تعليم القرآن ، والاستئجار على الآذان على أحد الوجهين [3] .

والجملة أن عندهم لا يجوز الاستئجار على شئ من الطاعات [4] .

وعندنا : يجوز على كل عمل معلوم يمكن تسليمه وإيفاءه غير مفترض على الأجير فعله .

---

(١) النكت : ورقة ٩٧/ب ، وقال فيه : « مسألة : يجوز الاستئجار على نفل الحج » .

روضة الطالبين : ١٨/٣ ، المجموع : ٩٤/٧ ، ١١٣، شرح صحيح مسلم للنووى: ١٨٨/٤ .

وهو قول مالك وأحمد فى رواية .

انظر : الإشراف للبغدادى : ٢١٧/١ ، الكافى فى فقه أهل المدينة : ٤٠٨/١ ، ٤٠٩ ، المغنى : ٢٣/٥ .

(٢) بدائع الصنائع : ٢٦٠٢/٦ .

وهو رواية عن الإمام أحمد (المغنى : ٢٣/٥) .

(٣) النكت : ورقة ١٦٨/ب ، المهذب : ٨٧/١ ، ٥٢٢ ، وهو قول الحنابلة . (انظر الإفصاح : ٤١/٢) .

(٤) بدائع الصنائع : ٢٥٩١/٥ ، ٢٦٠٢/٦ ، ٢٦٠٣ .

لنا :

أنه استأجر على عمل معلوم يمكن تسليمه وإيفائه غير مفترض على الأجير فعله فجاز .

دليله : إذا استأجر على نصب قنطرة أو بناء مسجد أو بناء رباط وغير ذلك من أفعال الخير .

وقولنا : « معلوم » ظاهر ، لأن أفعال الحج معلومة فى نفسها متعين زمانها ومكانها .

وقولنا : « إنه يمكن إيفاءه وتسليمه » يعنى أنه متصوّر تلبيته ووقوفه وطوافه عن الغير وإذا فعلها صارت كالمسلَّمة إليه شرعاً ، ولهذا سقط الفرض عنه - أعنى الآمر - وكذلك إذا استأجره على تعليم سورة بعينها فإيفاء ذلك السورة بتعليمها مثل ما لو استأجره على تعليم الخط والحساب أو كتاب معلوم من اللغة وعلوم العربية وغيرها .

وقولنا : « غير مفترض على الأجير » حتى إنه لو افترض فى موضع فعله لم يجز الاستئجار عليه .

ويدل على جواز النيابة فى الحج فنقول : أجمعنا على أنه لو قال المعضوب لغيره : « حجى عنى » ؛ فإنه يصح هذا الأمر والمأمور ينوى الحج عنه أو يقول : لبيك عن فلان ؛ ويظهر عمله فى حقه حتى سقط الحج المفروض عن ذمة الآمر ، وكذلك إذا أوصى بالحج عنه فإنه إذا مات جاز الحج المأمور عنه .

وقال أبو حنيفة رحمة الله عليه : « لو مات رجل فحج عنه ابنه يجزيه إن شاء الله تعالى » ، وإنما أدخل الاستثناء لأنه صوّر المسألة فيما إذا حج عنه بغير أمره ، فأما إذا أمره أن يحج عنه فإنه يجوز عنه قطعاً .

فثبت أن النيابة جائزة فى الحج فنقول : عمل تجرى فيه النيابة فيجوز الإستئجار عليه بالمال .

دليله : سائر الأعمال .

وأما حُجَّتهم :

٦٨/ب قالوا : عبادة بدنية فلا يجوز / الإستئجار عليها .

دليله : الصوم والصلاة ، وإنما قلنا إنها عبادة بدنية من الوقوف والطواف والسعى والرمى وغير ذلك .

قالوا : والفقه فى ذلك : أن العبادات أوجبت على وجه الإبتلاء للعباد ، والإبتلاء لا يوجد فى العبادات البدنية إلا بإتعاب البدن ، لأنه يظهر عند إتعاب البدن طواعية العبد لربه وانقياده لحكمه أو كراهية لذلك ونفوره عنه فيُعرف الصادق من الكاذب والمطيع من العاصى والمخلص من المنافق ويتحقق الإبتلاء والإختبار الذى أوجبت العبادات بوصفه .

وإذا ثبت هذا الأصل فنقول :

لا يوجد معنى الإبتلاء إلاّ فيما يفعله العبد بنفسه ويتحمل تعبه بذاته وجسمه فأما عند أمره غيره بفعله واستنابته فى ذلك من تسبيبه فلا يتحقق معنى الإبتلاء فيه بحال ، وهذا لأن الإبتلاء فى التعب ، ولا تعب فى الأمر إنما التعب فى الفعل .

قالوا : ولهذا لم تجز النيابة فى الصلاة والصوم ، وكذلك لم تجز النيابة فى الحج عند القدرة على فعله ، وأما الزكاة وسائر واجبات المال فالإبتلاء فيها بتنقيص المال وذلك يوجد سواء فعله بنفسه أو فعله نائبه ، ولهذا دخلتها النيابة مع قدرته على فعلها بنفسه .

وإذا ثبت هذا الأصل أن النيابة غير داخلة فى هذه العبادات فالإستئجار عليها باطل .

قالوا : وأما إذا أمر غيره أن يحج عنه فإنما جاز ذلك عند العجز أو جاز بعد موته على معنى أن فرض الحج لازم عليه بدناً وقد عجز عن نفسه فالشرع نَقَلَ الفرض الذى كان على بدنه إلى المال الذى يبذله له فى الحج فيكون له ثواب النفقة على الحج وسقط به الحج عنه ، لأنه فعل ما كان عليه بقدر الإمكان ، أو لأنه لما انتقل الواجب من البدن إلى المال فلا بد من سقوطه عنه .

ونظيره الشيخ الهِمّ [1] إذا تصدق بدل الصوم فإنه يسقط الفرض عنه لانتقال الواجب إليه .

قال أبو زيد فى « الأمالى » محتجاً فى هذه المسألة :

إن الحاج عن الغير لا يكون حاجاً عنه إلاّ بعد ما يقع الحج عن الحاج وإذا وقع الحج عنه لم يستحق الأجر على غيره .

دليله : الآذان .

والدليل على أنه يقع حجه عن نفسه أنه لا يصح حجه ما لم يكن من أهل الحج عن نفسه حتى إذا كان كافراً لا يصح ، لأنه ليس من أهل الحج عن نفسه ولو كان الفعل يقع عن الآمر لم يشترط لصحته كون الفاعل من أهله لنفسه .

ألا ترى أن بناء القناطر والرباطات والمساجد لما صح للعامل فيها أن يكون أجيراً ووقع عمله عن الآمر جاز أن يكون الأجير فيه كافراً ، وهذا

---

(١) الشيخ الفانى ، انظر : المصباح المنير مادة (الهِمّ) .

لأن العبد متعين لفعل العبادة حقاً لله تعالى ، إما فرضاً أو نفلاً ، فلا يتصور مع كونه فاعلاً فعل العبادة أن يكون فاعلاً عن غيره بخلاف بناء الرباط والمساجد ، لأن فعلها فى ذاته ليس بعبادة عن الفاعل ، بدليل أنه يجوز منه وإن لم يكن من أهل العبادة مثل أن يكون الأجير كافراً .

قالوا : وأما قولكم : « إن النيابة صحيحة » .

فالقياس أن لا يصح ، لأنه عبادة بدنية على ما ذكرنا ، ولكن الشارع جوّز ذلك لما فيه من المال ، لأن الحج لا يتأدّى إلاّ بنفقة فأخذ شبهة الزكاة من هذا الوجه حتى إذا استعان برجل ليحج عنه ولم يعطه النفقة لا يجوز ، وكذلك إذا أمر أن يحج عنه فأنفق المأمور عامة النفقة من جهة نفسه لا يجوز .

فثبت أن جواز النيابة لشبهه بالزكاة من حيث النفقة . فأما من حيث أنه عبادة بدنية فلا ينبغى أن تجوز فيه النيابة فجوّز الشرع فيه النيابة فى حال اليأس عن فعله بنفسه لشبهه بالزكاة ولم يجز فى غير حال اليأس لشبهه بالصلاة وإذا جازت النيابة فيه من ذلك الوجه لم يكن بد من نيته عنه ، وتلبيته باسمه وصح أمره إياه بأن يحج عنه وسقط الفرض عن الآمر لا عن المأمور .

وأما الأجر على أصلكم إنما وجب للأجير من حيث أنه فعل الحج بدناً وأقام فعله ببدنه مقام فعله بنفسه ، ومن هذا الوجه لا ينبغى أن تجوز فيه النيابة ، لأنه عبادة بدنية فلم يجز الإستئجار عليه ولم يجب له الأجر ، هذا نهاية ما يمكن .

الجواب :

أما قولهم : « إنه عبادة بدنية » .

قلنا : يمكن أن يقال : ليس بعبادة بدنية محضة ، وقد سلّم هذا فى الطريقة الثانية حيث قال : « إنه يشبه الزكاة من وجه ، وعلى أنّا وإن سلمنا أنه عبادة بدنية لكنه عبادة بدنية تجرى فيها النيابة ، وفيه الإجماع ولا يمكن منعه بحال .

والحرف أن أداء العبادة بدناً قد وُجِدَ إلا أنه قام فعل الأجير بدناً مقام فعل المستأجر بعقد مشروع وهو عقد الإجارة فصار كأنه الفاعل بنفسه .

وأما قولهم : « إن وصف الإبتلاء لا يوجد إلاّ لفعله بنفسه » .

قلنا : هذا لا يغنى بعد / أن تلجئهم الضرورة إلى تسليم جواز النيابة فيه ، وعلى أن معنى الإبتلاء موجود وإن أدّى بفعل الأجير ، لأنه لا بد من الأمر بفعله ولا بد من بذل المال لفعله فيوجد الإبتلاء ، ألا ترى أن الإبتلاء موجود فى العبادات المالية ، كذلك ههنا يوجد الإبتلاء ببذل المال غير أنه كان الإبتلاء بفعله بدناً والتوصل إليه مالاً ، وههنا الإبتلاء كله النقل إلى المال . ٦٩/أ

وأما الذى قالوه : « إن النيابة غير جارية أصلاً لكن سقط الفرض عن الآمر ببذل النفقة » . فكلام فى غاية الرذالة والنذالة ولا يُتصور فرض الحج إلاّ بفعل الحج .

فإن قالوا : إنه إذا انتقل الفرض من البدن إلى بذل المال فينبغى أن يؤمر بصدقته على الفقراء ويكون وجوبه باسم الفدية على الحج مثل الشيخ الهِمّ تجب عليه الفدية عن الصوم ، فأما أن يقال إن الحج بقى وجوبه عليه حتى يجب عليه أن يأمر نائبه بالحج عنه ويجب على النائب أن ينوى عنه الحج ويسميه فى تلبيته ثم الحج يكون عن الحاج ويكون للآمر ثواب النفقة ويسقط الحج عن ذمته بثواب النفقة ، فهذا كلام غير مفهوم ، ولا يستجيز اعتقاده والقول به فقيه ، وإن صار واجب الحج واجب بذل المال فبأىٍّ وجهٍ

تعيّن بذل المال فى جهة الحج بل ينبغى أن يجب صرفه إلى مصارف الصدقات ، ثم كيف يتعيّن بذله فى حج يفعله النائب عن نفسه ويكون واجباً عليه أن ينويه عنه ويسميه فى تلبيته ولو نواه عن نفسه كان مخالفاً ويلزمه ردّ ما أخذه عليه ، فهذه كلها تخبطات عظيمة وحكايتها كافية عن الكلام عليها .

وأما طريقتهم الثانية ، وقولهم : « إن الحج وقع عن الحاج » .

فقد قال بعضهم : وقع عن الحاج نفسه من وجه وإنما يجوز عقد الإجارة إذا وقع عن المستأجر من كل وجه .

فنقول : لم يقع عن الحاج بوجهٍ ما وهو واقع عن الآمر من كل وجه .

وأما قولهم : « إنه يشترط أن يكون من أهل الحج لنفسه » .

قلنا : إنما اعتبر ليكون من أهل الحج وإنما يجوز الإستئجار على الحج لمن يكون من أهل الحج ، وهذا بمنزلة كل فعل يُستأجر الإنسان عليه إنما يجوز إذا كان الأجير من أهل ذلك الفعل إلا أن الحج فعل شرعى فيعتبر أن يكون من أهل فعله شرعاً وهو بمنزلة ما يستأجره على فعل حسّى يعتبر أن يكون من أهل فعله حسّاً .

ونظير هذا إذا استأجر المسلم مجوسياً لذبح شاة لا يجوز وإن كان الذبح محسوساً يوجد منه مثل ما يوجد من المسلم ، ولكن قيل إن الذبح المحلل فعل شرعى فيعتبر فى الأجير أن يكون من أهل فعله شرعاً فإذا لم يكن ، لم يصح الإستئجار عليه ولم ينظر إلى تصوّره محسوساً منه ، كذلك ههنا ، وهذه الطريقة كان بناؤها على هذا الأصل وإذا حصل الجواب بطل الباقى منها .

وقولهم : « إنه تصح النيابة من حيث وجود المال فيها لا من حيث أصل الفعل » .

قلنا : هذا إنكار المحسوس ، لأن النائب إنما فعل ما فعله بدناً لا مالاً ، والنية وُجِدت منه فى الحج بدناً ، والآمر قال له : حج عنى ، وقوله : «حج عنى » ينصرف إلى الأفعال البدنية .

وقوله مَنْ قال : إن النيابة جازت من حيث المال لا من حيث البدن لغو باطل .

يبيِّنه : إن النيابة جوازها من حيث الأمر ، والأمر يتناول الواجب عليه وإذا كان الواجب هو الفعل فيكون الأمر بالفعل ، وإذا كان الأمر بالفعل تكون النيابة جارية فى الحج من حيث الفعل .

وأما المال سبب يتوصل به إلى الحج ، وأما الوجوب لا يتناوله ولا الأمر يتناوله فسقط ما قالوه . والله أعلم .



(مسألة)

العُمرة واجبة عندنا [1] .

وعندهم : تطوع [2] .

لنا : ما رواه ابن [3] فضيل عن حبيب [4] بن أبى عمرة عن

---

(١) وهو القول الصحيح عند الأصحاب والمنصوص فى الجديد ، المجموع : ٩/٧ . وقال فى الأم : « والذى أشبه بظاهر القران وأولى بأهل العلم عندى وأسأل الله التوفيق أن تكون العمرة واجبة » ا.هـ . الأم : ١١٣/٢ ، روضة الطالبين : ١٧/٣

وهو إحدى الروايتين عن أحمد وروى ذلك عن عمر ، وابن عباس ، وزيد بن ثابت ، وابن عمر وغيرهم وبه قال الثورى وإسحاق .

المغنى : ١٣/٥ ، الكافى فى فقه أهل المدينة : ٤١٦/١ .

(٢) الأسرار -كتاب المناسك - ص ٥٥٤ ، مختصر الطحاوى ص ٥٩ ، بدائع الصنائع : ١٣٢٠/٣ ، رؤوس المسائل ص ٢٥١ .

وبه قال مالك وأصحابه ، وهو إحدى الروايتين عن أحمد ، والقول القديم للشافعى. انظر : الكافى فى فقه أهل المدينة : ٤١٦/١ ، قوانين الأحكام ص ١٦١، روضة الطالبين : ١٧/٣ ، أحكام القرآن لابن العربى : ١١٨/١ ، المغنى : ١٣/٥ ، وقال النووى فى المجموع : « إنها سُنَّة مستحبة » : ١٠٩/٧ .

(٣) هو محمد بن فضيل بن غزوان الضبى مولاهم أبو عبد الرحمن الكوفى صدوق عارف ، رُمِى بالتشيع ، من التاسعة ، مات سنة ١٩٥ هـ ، روى له أصحاب الكتب الستة . انظر : التقريب ص ٣١٥ .

(٤) حبيب بن أبى عمرة القصاب أبو عبد الله الحمانى الكوفى ، ثقة ، من السادسة ، مات سنة ١٤٢ هـ ، روى له البخارى ومسلم والترمذى والنسائى وابن ماجه والبخارى فى الأدب المفرد . انظر : التقريب ص ٦٣ .

عائشة [١] بنت طلحة عن عائشة أم المؤمنين قالت : قلت : يا رسول اللّٰه ، هل على النساء جهاد ؟ قال : « عليهن جهاد لا قتال فيه : الحج والعُمرة » [٢] .

وروى محمد [٣] بن كثير الكوفى قال : حدثنا إسماعيل[٤] بن يعلى بن مسلم عن محمد بن سيرين عن زيد بن ثابت قال : قال رسول اللّٰه ﷺ : « إن الحج والعُمرة فريضتان لا يضرك بأيّهما بدأت » [٥] .

وروى الزهرى عن أبى بكر [٦] بن محمد بن عمرو بن حزم عن أبيه عن

---

(١) عائشة بنت طلحة بن عبيد اللّٰه التيمية أم عمران كانت فائقة الجمال ، وهى ثقة من الثالثة ، روى لها أصحاب الكتب الستة .

انظر : التقريب ص ٤٧٠ .

(٢) رواه أحمد فى مسنده : ١٦٥/٦ .

وابن ماجه فى سننه : ٩٦٨/٢ ، فى باب « الحج جهاد النساء » .

والدارقطنى فى سننه : ٢٨٤/٢ .

والبيهقى فى سننه : ٣٥٠/٤ ، فى باب « مَن قال بوجوب العُمرة » .

(٣) محمد بن كثير الكوفى القرشى أبو إسحاق - ضعيف - من التاسعة ، انظر : التقريب ص ٣١٦ .

(٤) كذا فى المخطوط : « إسماعيل بن يعلى بن مسلم » .

والذى فى سنن الدارقطنى والمستدرك للحاكم : « إسماعيل بن مسلم » وفى سنن البيهقى : « إسماعيل بن سالم عن ابن سيرين مرفوعاً وموقوفاً » : ٣٥١/٤ .

وقال ابن حجر فى تلخيص الحبير : هو إسماعيل بن مسلم المكى وهو ضعيف . انظر : تلخيص الحبير : ٢٢٥/٢ .

(٥) رواه الدارقطنى فى سننه : ٢٨٤/٢ ، والحاكم فى المستدرك : ٤٧١/١ ، والبيهقى فى سننه : ٣٥١/٤ .

وقال الذهبى فى التلخيص : « الصحيح أنه موقوف » أى على زيد بن ثابت .

(٦) فى المخطوط : « أبو بكرة » ، والتصويب من سنن الدارقطنى : ٢٨٥/٢ .

جده أن النبى ﷺ كتب إلى اليمن [١] كتاباً وبعث به مع عمرو بن حزم وفيه : « إن العُمرة الحج الأصغر ، وألاّ يمسّ القرآن إلاّ طاهراً » [٢] .

وفى بعض ما رواه عمر عن النبى عليه السلام أن جبريل عليه السلام سأله عن الإسلام فقال : « أن تشهد أنْ لا إله إلا اللّه وأنّ محمداً رسول اللّه ، وأن تقيم الصلاة ، وتصوم رمضان ، وتحج وتعتمر » [٣] . وهم يروون بطريق حجاج بن أرطأة عن محمد بن المنكدر [٤] عن جابر قال : سأل رجل رسول اللّه ﷺ عن الصلاة والزكاة أواجبة هى ؟ قال : « نعم » ، فسأله عن العُمرة أواجبة هى ؟ قال : « لا ، وأن تعتمر خير لك » [٥] .

---

(١) كذا فى المخطوط وفى سنن الدارقطنى : « أهل اليمن » .

(٢) رواه الدارقطنى فى سننه : ٢/٢٨٥ ، والبيهقى فى سننه : ٤/٣٥٢ .

(٣) روى حديث عمر : مسلم فى صحيحه : ١ / ١٥٧ مع النووى فى باب : « تعريف الإسلام والإيمان » .

والترمذى فى سننه : ١٠/٧٧ ، ٧٨ مع العارضة فى باب : « ما جاء فى وصف جبريل للنبى ﷺ الإيمان والإسلام » .

والنسائى فى سننه : ٨/٩١ ، فى باب « صفة الإيمان والإسلام » .

وابن ماجه فى سننه : ١/٢٤ .

ولكن هذه الزيادة - أعنى قوله : « وتعتمر »- لم يروها سوى الدارقطنى فى سننه : ٢/٢٨٢ ، ثم قال : إسناد ثابت صحيح أخرجه مسلم بهذا الإسناد .

(٤) فى المخطوط : « المكندر » ، والتصويب من سنن الترمذى .

(٥) رواه أحمد فى المسند : ٣/٣١٨ .

والترمذى فى سننه : ٤/١٦٢ مع العارضة ، فى باب : « ما جاء فى العُمرة أواجبة هى أم لا » .

والبيهقى فى سننه : ٤/٣٤٩ ، فى باب : « مَن قال العمرة تطوع » . =

وروى عبيد الله [1] بن المغيرة / عن أبى [2] الزبير عن جابر قال : ٦٩/ب
قلت : يا رسول والله ، العمرة واجبة فريضتها كفريضة الحج ؟ قال : « لا ، وأن تعتمر خير لك » [3] .

ويروون بطريق طلحة بن عبيد الله [4] أن النبى عليه السلام قال : « الحج جهاد ، والعُمرة تطوع » [5] .

= وقال : « والمحفوظ عن جابر موقوف غير مرفوع ، وقد روى عنه مرفوعاً خلاف ذلك ، وكلاهما ضعيف » .

ورواه الدارقطنى فى سننه : ٢/ ٢٨٥ ، ٢٨٦ ، وقال : رواه يحيى بن أيوب عن ابن جريج ، وحجاج بن أرطأة عن ابن المنكدر عن جابر موقوفاً من قول جابر » ا.هـ .

وقال ابن حجر فى الفتح (٣/ ٣٩٧) : الحجاج بن أرطأة ضعيف » ا.هـ .

(١) فى المخطوط : « عبد الله » والتصويب من سنن الدارقطنى : ٢/ ٢٨٦ .
وهو عبيد الله بن المغيرة بن معيقيب أبو المغيرة السبائى ، صدوق ، من الرابعة ، مات سنة ١٣١ هـ ، روى له الترمذى وابن ماجه .
انظر : التقريب ص ٢٢٧ .

(٢) فى المخطوط : « ابن » والتصويب من سنن الدارقطنى .
أبو الزبير : محمد بن مسلم بن تدرس الأسدى مولاهم المكى ، صدوق إلاّ أنه يدلس، من الرابعة ، مات سنة ١٢٦ هـ .
روى له أصحاب الكتب الستة ، انظر : التقريب ص ٣١٨ .

(٣) رواه الدارقطنى فى سننه : ٢/ ٢٨٦ .

(٤) فى المخطوط : « عبد الله » والتصويب من سنن الدارقطنى .

(٥) رواه ابن ماجه فى سننه : ٢/ ٩٩٥ فى باب : « العُمرة » .
والبيهقى فى سننه : ٤/ ٣٤٨ فى باب : « مَن قال العمرة تطوع » من حديث ابن عباس . قال ابن حجر فى تلخيص الحبير (٢/ ٢٢٦، ٢٢٧) : « ولا يصح من ذلك شئ » ا.هـ .

ورواه ابن جرير الطبرى فى تفسيره : ٢/ ٢١٢ .

واعلم أن فى أسانيد كل هذه الأحاديث مقال :

فإن الخبر الأول إنما أسنده الحجاج بن أرطأة وعبيد الله [(١)] بن المغيرة ، وهما ضعيفان [(٢)] .

وخبر طلحة رواه عمر [(٣)] بن قيس وهو متروك [(٤)] .

وكذلك الأخبار التى رويناها فى أسانيدها أيضاً مقال يطول ذكرها إلا الخبر الذى ذكرناه أن النبى عليه السلام قال : « وأن تحج وتعتمر » ، حين سئل عن الإسلام معتمد ، وهو رواية سليمان [(٥)] بن طرخان [(٦)] التيمى عن يحيى بن يعمر عن عبد الله بن عمر عن عمر وهو خبر جبريل المعروف حيث جاء فسأل النبى عليه السلام عن الإيمان والإسلام وفى آخر الخبر قال : « هذا جبريل أتاكم ليعلمكم معالم دينكم فخذوا عنه » [(٧)] .

وهو خبر ثابت ، وهذه الزيادات رواتها ثقات .

---

(١) فى المخطوط : « عبد الله » والتصويب من سنن الدارقطنى .

(٢) انظر تلخيص الحبير : ٢/٢٢٦ .

(٣) فى المخطوط : « عمرو » ، والتصويب من سنن ابن ماجه : ٢/٩٩٥ .

وهو عمر بن قيس المكى المعروف بسندل ، متروك ، من السابعة ، روى له ابن ماجه ، انظر : التقريب ص ٢٥٦ .

(٤) انظر : التقريب ص ٢٥٦ .

(٥) سليمان بن طرخان التيمى أبو المعتمر البصرى ، نزل فى التيم فنسب إليهم ، ثقة ، عابد ، من الرابعة ، مات سنة ١٤٣ هـ ، وهو ابن سبع وتسعين ، روى له أصحاب الكتاب الستة ، انظر : التقريب ص ١٤٣ .

(٦) فى المخطوط : « طرحان » ، والتصويب من سنن الدارقطنى .

(٧) سبق تخريجه ، انظر : سنن الدارقطنى : ٢/٢٨٢ .

وقد أوردها الجوزقى [١] فى متفق الصحيحين .

ويمكن أن يُحتج ويُعتمد على قوله تعالى : ﴿ وَأَتِمُّواْ الحَجَّ وَالعُمْرَةَ لِلَّهِ ﴾ [٢] والمراد من الإتمام فى هذه الآية ابتداء الفعل على أكمل الوجوه .

وقد قال جماعة من أهل العلم : إن ابتداء فريضة الحج كان بهذه الآية وهو أول ما نزل فى القرآن فى إيجاب الحج وهو تناولت الحج والعمرة تناولاً واحداً [٣] .

وقد قامت الدلائل القطعية أن الأمر على الوجوب فاقتضت وجوب العُمرة كما اقتضت وجوب الحج .

وقد روى النعمان [٤] بن سالم عن عمرو [٥] بن أوس عن أبى [٦] رزين أنه سأل النبى عليه السلام قال : إن أبى شيخ كبير أدرك الإسلام ولا يستطيع الحج والعُمرة ولا الظعن ، فقال : « حج عن أبيك واعتمر » [٧] .

---

(١) أبو بكر الجوزقى محمد بن عبد الله بن محمد بن زكريا الشيبانى الحافظ المعدل ، شيخ نيسابور ومحدثها له كتاب المتفق بين الصحيحين ت سنة ٣٣٨ هـ .
انظر : العبر : ٢/ ١٧٥ ، النجوم الزاهرة : ٤/١٩٩ ، هدية العارفين : ٢/ ٥٦

(٢) سورة البقرة جزء من آية : ١٩٦

(٣) انظر تفسير الطبرى : ٢/٢٠٩

(٤) النعمان بن سالم الطائفى ، ثقة من الرابعة ، روى له مسلم وأصحاب السنن .
انظر : التقريب ص ٣٥٨

(٥) عمرو بن أوس بن أبى أوس الثقفى الطائفى ، تابعى كبير ، من الثانية ، وَهِمَ مَنْ ذكره من الصحابة ، مات بعد التسعين من الهجرة .
روى له أصحاب الكتب الستة . انظر : التقريب ص ٢٥٧ .

(٦) أبو رزين لقيط بن صبرة ، صحابى مشهور - أبو رزين العقيلى - .
روى له البخارى فى « خلق أفعال العباد » ، وأصحاب السنن .
انظر : التقريب ص ٢٨٧ .

(٧) رواه الدارقطنى فى سننه : ٢/٢٨٣ .
وابن جرير الطبرى فى تفسيره : ٢/٢١١ .
والبيهقى فى سننه : ٤/ ٣٥٠ .

وهذا أمر والأمر على الوجوب . فقال الدارقطنى حين روى هذا الحديث : رجال هذا الحديث كلهم ثقات [١] .

وروى أيضاً بطريق روح [٢] بن القاسم عن أبى الزبير عن جابر عن سراقة ابن مالك قال : قلت : يا رسول الله ، أعمرتنا هذه لعامنا أم للأبد ؟ قال : « لا ، بل للأبد .. دخلت العُمرة فى الحج إلى يوم القيامة » [٣] .

وقال [٤] : رجاله كلها ثقات .

ومثل هذا السؤال لا يكون إلاّ فى واجب ، وقوله : « العُمرة فى الحج » المراد من ذلك فى الأفعال على ما سنبين .

وقد ثبت عن ابن عباس قال : « الحج الأكبر يوم النحر ، والحج الأصغر العُمرة » [٥] .

وإذا كان حجاً فكل ما يدل على وجوب الحج يدل على وجوبها ، ولا معنى يدل على وجوب العُمرة سوى التشبيه بالحج ، ومجرد الشبه بلا معنى مخيل لا يعرف حجة .

---

(١) قاله فى السنن : ٢٨٣/٢ .

(٢) روح بن القاسم التميمى العنبرى أبو غياث البصرى ، ثقة حافظ ، من السادسة ، مات سنة ٢٤١ هـ ، روى له البخارى ومسلم وأبو داود والنسائى وابن ماجه . انظر : التقريب ص ١٠٥ .

(٣) رواه الدارقطنى فى سننه : ٢٨٣/٢ .

(٤) أى الدارقطنى فى سننه : ٢٨٣/٢ ، ولفظه : « كلهم ثقات » .

(٥) رواه البيهقى فى سننه عن ابن عباس موقوفاً ، قال : وقد روى هذا عن النبى صلى الله عليه وسلم . انظر السنن : ٣٥٢/٤ .

ورواه ابن جرير الطبرى فى تفسيره عن عبد الله بن شداد : ٧٦/١ .

وأما المخالف : صار إلى أن العُمرة غير مؤقتة ، لأنها تجوز فى جميع السنة والحج مؤقت ، والفرق بين النفل والفرض هذا فإن الفرض لا يكون إلاّ مؤقتاً ، لأنه واجب علينا ولو قلنا وجب فعله وإذا لم يكن مؤقتاً ، وقد خلق اللّه الناس العباد ليعبدوه وجب فعله فى جميع الأوقات فيؤدى إلى أن يقع الناس فى الحَرَج العظيم أو يؤدى إلى تكليف العاجز ، لأن العباد يعجزون عن مباشرة العبادة فى جميع الأوقات على العموم .

وأما النفل ففعله مفوَّض إلى اختيار العبد فإن اللّه وإن خلق الناس ليعبدوه وجعل النفل مشروعاً فى عموم الأحوال والأوقات فلا يؤدى إلى الحَرَج ولا إلى تكليف العبد ما يعجز عنه فنظرنا إلى عموم الأوقات على ما دلت عليه الآية واعتبرنا ذلك وقلنا : لا يختص بوقت دون وقت [١] .

قالوا : فإن قلتم : « إن العُمرة عندكم لا يجوز فعلها فى خمسة أيام من السنة وهى يوم عرفة ويوم النحر وأيام التشريق » .

قلنا : لا نقول إن فعلها لا يجوز لكن يُكره ترجيحاً لأمر الحج على العُمرة [٢] . ولا شك أنه مرجح فى الشرع ، والأيام التى تعيَّنت لفعله فى الشرع كرهت العمرة فيها تقديماً للحج على العمرة .

وقد قالوا أيضاً : إن الحج سبب وجوبه البيت ، وكذلك العُمرة لو وجبت وجبت بالسبب الذى يجب به الحج فيؤدى إلى التنافى الواجب ، وهذا لا يجوز كما لا يجب ظهران بوقت واحد وزكاتان بمال واحد وصومان بيوم واحد [٣] .

---

(١) هذا الاستدلال نقلاً من الأسرار مع بعض التصرف فى العبارة .
انظر : الأسرار ، كتاب « المناسك » ص ٥٦١ .
(٢) انظر : الأسرار ، كتاب « المناسك » ص ٥٦١ .
(٣) انظر هذا الاستدلال فى الأسرار ، كتاب « المناسك » ص ٥٦٤ - ٥٦٥ .

الجواب :

إن كلا الدليلين فى غاية الضعف والذى قالوا : فى التفريق بين الفرض والنفل بالحد الذى قالوه لا يُعرف ، وليس عليه دليل فإن الإسلام واجب وهو غير مؤقت ، وكذلك الجهاد واجب وكذلك صلاة الجنازة والكفّارة وما يشبه ذلك ، وعلى عكسه النوافل الرواتب فى الصلاة والصوم مؤقتة وليس واجبة ونعنى فى الصوم صوم يوم عرفة ويوم عاشوراء والإثنين والخميس وثلاثة أيام من كل شهر .

وأما الذى قالوه إن اللّه تعالى خلق العباد ليعبدوه فيقتضى العبادة على العموم .

قلنا : له خلينا هذا والظاهر لاقتضى أنهم عبدوه [١] مرة سقط عنهم الأمر إذ ليس فى ظاهر هذا اللفظ دليل على فعلها فى [٢] / عموم الأوقات وأيضاً إذا قلنا إن الفريضة لا تتوقت لا يؤدى إلى ما قالوه من تكليف العاجز وإيقاع المكلّف فى الحَرَج الذى ظنوه ، لأنه يكون مأموراً بفعله على الجملة حتى لا يجوز تركه ، فأما أن يكون مأموراً بفعله على الإستدامة حتى لا يجوز أن يخلى عنه وقتاً ما فليس عليه دليل .

٧٠/أ

وأما فى النفل إذا قلنا إنه لا يتوقت ، وقلنا إنه يكون مفوضاً إلى اختيار العبد وربما لا يختار فعله أصلاً فلا يظهر لما قالوه أن العبد خُلِق للعبادة فى جميع الأوقات أثر ، وعلى أن العباد إذا فعلوا الفرائض فى مواقيتها وقاموا بحق الأوامر الموظفة عليهم فقد عبدوا اللّه فى جميع مدى عمرهم حكماً ، وإن كانوا خلى بعض الأوقات عن عبادتهم حسّاً .

---

(١) كذا فى المخطوط ولعل صحة العبارة « إذا عبدوه » .

(٢) فى المخطوط مكررة « فى » مرتين والتصويب من المحقق .

وأما كلامهم الثانى ، وقولهم : « إن إيجاب العُمرة يؤدى إلى الثناء فى الواجب »[(١)] .

قلنا : لا يؤدى لأن الثناء بإيجاب حجتين وعُمرتين ، فأما إيجاب حج وعمرة وهما عبادتان مختلفتان متغايرتان فلا يؤدى إلى هذا ، ولئن جاز أن يقال هذا ثِنى فيجوز أن يقال إن إيجاب الظهر والعصر ثِنى ، وإيجاب صدقة الفِطر كل سنة ثِنى ، وكذلك إيجاب الزكاة كل سنة ثِنى ، ومثل هذا لا يدخل فيه فقيه .

وقد ذكر الأصحاب لنا : إن العمرة واحد نسكى القرآن فأشبه الحج .

وقالوا : عبادة يجب المضى فى فاسدها فكانت واجبة فى الحج ، والمعتمد ما سبق . والله أعلم بالصواب .



---

(١) انظر : الأسرار ، كتاب « المناسك » ص ٥٦٤ . ٥٦٥ .
والمقصود بالثناء أو ثِنى هو تكرار العبادة مرات كما بيّنه فيما بعد .

(مسألة)

حج الصبى صحيح سواء أحرم عنه أبواه أو أحرم بنفسه وهو ممن يعقل الإحرام [1] .

وهل يحتاج إلى إذن الولى ؛ فيه وجهان [2] .

وإذا صح لزم حتى لا يجوز له الخروج عنه ولو خرج لا يصير خارجاً عنه ويكون حجه فى هذا المعنى مثل حج البالغ ولو ارتكب محظور الإحرام لزمته الكفَّارة [3] .

وعندهم : حجه غير لازم ، ولا تلزمه الكفَّارة بارتكاب المحظور [4] .

---

(١) المهذب : ١/٢٢٣، الأم : ٢/١١٢، النكت ورقة : ٩٧/أ ، حلية العلماء : ٣/١٩٥ ، روضة الطالبين : ٣/١١٩ ، ١٢٠ .

وهو قول أحمد ومالك . انظر :

المغنى : ٥/٥٠ ، الإفصاح : ١/٢٦٦ .

الكافى فى فقه أهل المدينة : ١/٤١١ .

(٢) روضة الطالبين : ٣/١١٩ .

(٣) روضة الطالبين : ٣/١٢١ ، الأم : ٢/١١٢ .

(٤) الحجة على أهل المدينة : ٢/٤١١ ، ٤١٣ ، مختصر الطحاوى ص : ٦٠ ، شرح معانى الآثار ٢/٢٥٨ ، الأسرار ، كتاب « المناسك » ص ٧. ، المبسوط : ٤/٦٩ ، بدائع الصنائع : ٣/١٠٨٥ ، تقويم الأدلة للدبوسى ورقة : ٨٨٦/ب ، كشف الأسرار : ٢/٣٤٢ ، أحكام الصغار : ١/١٩٨ ، ١٩٩ ، مختلف الرواية ورقة : ٦٥/ب ، مجمع الأنهر : ١/٢٥٥ .

وبعضهم قال : حجه غير صحيح أصلاً [١] .

لنا : حديث أبى معاوية [٢] عن محمد [٣] بن سوقة عن محمد بن المنكدر [٤] عن جابر قال : رفعت امرأة صبياً لها إلى رسول اللّه ﷺ وقالت : يا رسول اللّه ، ألهذا حج ؟ قال : « نعم ، ولك أجر » .

ذكره أبو عيسى الترمذى فى جامعه [٥] .

---

(١) قال الطحاوى فى شرح معانى الآثار (٢٥٧/١) : « ... إن رسول اللّه ﷺ أخبر أن للصبى حجاً ، وهذا مما قد أجمع الناس عليه ، ولم يختلفوا أن للصبى حجاً ، كما أن له صلاة ، وليس تلك الصلاة بفريضة عليه » ا.هـ .

(٢) أبو معاوية : محمد بن خازم الضرير الكوفى ، عمى وهو صغير ، ثقة ، أحفظ الناس لحديث الأعمش ، وقد يهم فى حديث غيره ، من كبار التاسعة ، مات سنة ٢٩٢ هـ . وله اثنان وثمانون سنة ، وقد رمى بالإرجاء ، روى له أصحاب الكتب الستة ، انظر : التقريب ص ٢٩٥ .

(٣) محمد بن سوقة الغنوى أبو بكر الكوفى العابد ، ثقة مرضى عابد - من الخامسة - روى له أصحاب الكتب الستة ، انظر : التقريب ص ٣٠٠

(٤) فى المخطوط : « المكندر » والتصويب من سنن الترمذى .

(٥) انظر : سنن الترمذى : ١٥٤/٤ ، مع العارضة فى باب « ما جاء فى حج الصبى » ، وقد رواه أيضاً بإسناد آخر غير إسناد الترمذى كل من : مسلم فى صحيحه : ٩٩/٩ مع النووى ، باب : « صحة حج الصبى وإحرام مَن حج به » ، وأبو داود فى سننه : ٣٥٢/٢ مع المعالم ، باب « فى الصبى يحج » والنسائى فى سننه : ٩١/٥ ، ٩٢ ، باب « الحج بالصغير » .

وابن الجارود فى المنتقى ص ١٤٧ .

وأحمد فى المسند : ٢١٩/١ ، ٢٨٨ ، ٢٤٤ ، ٣٤٣ ، ٣٤٤ .

والطحاوى فى شرح معانى الآثار : ٢٥٦/١ .

وروى بإسناده عن محمد بن يوسف [١] عن السائب [٢] بن يزيد قال : « حجّ بى أبى مع رسول الله ﷺ وأنا ابن سبع سنين » .

قال : وهذا حديث صحيح [٣] .

فثبت بهذين الخبرين صحة حجه فصحّ على ما شرع وقد شرع لازماً فوجب أن يصح لازماً ، وهذا كالإسلام على أصلهم فإنه لما صح منه صحّ على ما شرع وهو أن يكون بوصف اللزوم .

والجملة أنه إذا صحّ من الصبى يصحّ على ما يصحّ من البالغ .

والأولى أن يقال : يصحّ على الوضع الشرعى ، وهذا لأنه لا يُتصور حج صحيح يمكن الصبى [٤] عليه غير لازم فى الشرع ، والحج قد صحّ من الصبى ، وأمكنه المضى عليه فوجب أن يصح بوصفه .

وأما وجوب الكفّارة عندنا بارتكاب المحظور ، فلأنه حق مالى فصار كسائر حقوق المال وكما تجب على الصبى سائر حقوق المال يجب عليه هذا

---

(١) محمد بن يوسف بن عبد الله الكندى المدنى الأعرج ، ثقة ، ثبت ، من الخامسة ، مات فى حدود الأربعين ، روى له البخارى ومسلم والترمذى والنسائى . انظر : التقريب ص ٣٢٥ .

(٢) فى المخطوط : « السائب بن زيد » ، والتصويب من صحيح البخارى وسنن الترمذى وهو السائب بن يزيد بن سعيد بن ثمامة الكندى ، صحابى صغير له أحاديث قليلة ، وحج به فى حجة الوداع وهو ابن سبع سنين ، وولاه عمر سوق المدينة ، مات سنة ٩١ هـ ، وهو آخر مَن مات بالمدينة من الصحابة .

روى له أصحاب الكتب الستة ، انظر : التقريب ص ١١٦ .

(٣) انظر : سنن الترمذى : ٤/١٥٥ ، مع العارضة ، باب « ما جاء فى حج الصبى » وقد رواه البخارى فى صحيحه : ٤/٧١ مع الفتح ، باب « حج الصبيان » ، والإمام أحمد فى المسند : ٣/٤٤٩ .

(٤) كذا فى المخطوط ولعله « المضى » .

الحق أيضاً ، ولأن سببه قد وُجِد فى حقه وهو ارتكاب المحظور فى حج صحيح ، فصار هذا الحق مثل غرامات المتلفات وأروش الجنايات .

ويستدل بكفَّارة الصيد إذا قُتِل فى الحرم ، وقد سلَّموا فى هذا الموضع أنه يجب على الصبى ، فكذلك إذا قتل وهو محرم وجب أن يكون مثله ، لأنه لا فرق بينهما معنى وكل واحد حق للّه تعالى .

وأما حُجَّتهم :

قالوا : لزوم الحج حق من حقوق اللّه تعالى يحتمل السقوط بالأعذار بعد البلوغ بدليل أنه يسقط بعذر الإحصار وعذر الرِّق فسقط بعذر الصبا . لأن رأس الأعذار الصبا قياساً على أصل الوجوب [1] ، وإنما قلنا : « إن اللزوم حق اللّه تعالى » لأن الإحرام عبادة خالصة للّه تعالى ، واللزوم صفته فيكون أيضاً للّه تعالى ، وإذا سقط اللزوم فى حقٍّ الصبى صار الإحرام بالحج كإحرام الصلاة ، وإذا ثبت أنه لا يلزمه شئ بترك الإحرام ، فكذلك لا يلزمه شئ بارتكاب المحظور الذى هو جناية عليه بطريق الأولى لأنه لو وجب وجب بالإدخال نقيضه فيه فإذا لم يجب عليه شئ بتركه أصلاً فلئن لا يجب بإدخال نقيضه فيه أولى ، ولأن هذه الكفَّارات حقوق اللّه تعالى على الشخص يحتمل النسخ والتبديل فيسقط بعذر الصبا .

دليله : أصل الصوم والصلاة .

والدليل على أنه يحتمل النسخ أنه لم يكن فى الأصل مشروعاً ، وإنما شُرِع فى شرعنا ، وما احتمل إن لم يكن ثَمَّ كان احتمل أن لا يكون أصلاً ، ولأن الكفارة دون الصلاة فى الوجوب فلما سقطت الصلاة بعذر الصبا فى

---

(١) انظر الأسرار ، كتاب « المناسك » ص ٧٢ - ٧٣ .

حقه والسبب فى حقه قد تحقق وذلك بمجئ الوقت فكذلك الكفَّارة جاز أن تسقط وإن تحقق السبب فى حقه .

قالوا : وقولكم : « إن الكفَّارة حق مالى » .

قلنا : بلى ، ولكن وجبت للّه تعالى على طريق الإبتلاء ولا يُتصور الإبتلاء إلاّ باعتيار فعل العبد ، ولو وجبت الكفَّارة لكان أداؤها بفعل الولى بولاية جبرية قهرية / فلا يتحقق معنى الإبتلاء ، وقد ذكرنا هذا على الشرح فى مسألة زكاة الصبى فلا معنى لإعادته . ٧٠/ب

قالوا : وأما جزاء صيد الحرم يجب للصيد لا للّه تعالى ، لأنه إذا أَمِرَ بالإحرام فصار أمنه حقاً له ، وإذا قتله وجب الجزاء حقاً له [١] وما يجب لغير اللّه لا يجب على نهج العبادات فلا يتعلق أداؤه بفعل مَنْ عليه على سبيل الإختيار فصح أخذه قهراً وجبراً ، وصار بمنزلة غرامات المتلفات فصح تأديه لولى يثبت ولايته شرعاً لا باختيار المولى عليه .

فأما ما يجب للّه تعالى فإنما يجب على سبيل العبادة فلا يتأدى إلاّ بفعل مَنْ عليه عن اختيار وتمييز إما به أو بنائب عنه باختياره وتمييزه ، لأن المطلوب من الإستعباد إمتياز العاصى من المطيع ، وذلك لا يحصل بالإستيفاء جبراً كما بيَّنا فى الزكاة .

والحرف أنهم يقولون : كفَّارة الإحرام محض حق اللّه تعالى وجب على وجه الإبتلاء ولا يمكن إيجابها على الصبى كما ذكروا فى الزكاة ، وكفَّارة الحرم وجبت حقاً للصيد لا حقاً للّه تعالى .

الجواب :

أما قولهم : « إن اللزوم مسقط بالعذر بعد البلوغ » .

---

(١) انظر الأسرار ، كتاب « المناسك » ص ٧٥ .

قلنا : أولاً هذا يبطل بالصحة ، فإن صحة الحج أيضاً تفوت بأسباب بعد البلوغ ، فقولوا إنها تفوت بسبب الصبا [1] ، وسؤالهم على هذا أن الصبا [2] صار عذراً بطريق النظر ولا نظر فى منع الصحة ، فأما فى منع اللزوم نظر حتى إذا تركه لا يجب عليه شئ ، فلهذا لم تنتف الصحة وانتفى اللزوم ، وهذا يدخل عليه الإسلام فإنه يقع لازماً وإن وُجِد من الصبى على أصلهم ، ولا يقال : يصح نظراً ولا يلزم نظراً ، بل قيل : لما صحّ صحّ على ما وضعه الشرع ، كذلك الإحرام لما صحّ صحّ على ما وضعه الشرع من صفة الفريضة.

فإن قالوا : أليس إن الظهر يصح منه ومع ذلك لم يصح على ما وضعه الشرع من صفة الفرضية ؟

قلنا : الصلاة تنقسم إلى لازم وغير لازم ، فلم تكن غير لازم فى حق الصبى ويُجعل فى حقه بمنزلة النوافل ، وأما فى الحج لما لم ينقسم فى اللزوم وغير اللزوم ، بل كان لازماً بكل حال ، استوى وجوده من البالغ والصبى .

وجواب آخر :

إن اللزوم مع إمكان المضى لا يسقط بعذرٍ ما ، والصبى متمكن من المضى على إحرامه فوجب ألاّ يسقط اللزوم فى حقه .

وخرّج على هذا المحصر والعبد ، لأنهما لا يقدران على المضى ، هذا لمكان المنع الحسى والآخر لمكان المنع الشرعى ، وأما الصبى فقادر على المضى .

والمسألة معينة فى هذه الصورة والحج فى هذه الصورة ولا يُتصور سقوطها بعذرٍ ما .

---

(١) فى المخطوط : « الصبى » ، والتصويب من المحقق .

(٢) فى المخطوط : « الصبى » ، والتصويب من المحقق .

وإن قالوا : إن الصبا [١] سبب للنظر والمرحمة ، وليس من النظر والمرحمة إثبات الإلزام فى حقه من النظر .

قلنا : الصبى لا ينافى اللزوم ، لأن له ذمة صحيحة قابلة للزوم والنظر والمرحمة قد وجد بمنع وجوب الحج عليه ابتداء من قِبَل الشرع وإنما هذا شئ جاء من قِبَله .

قالوا : وأما قولكم : « إذا أفسد الحج بالوطء » .

قلنا : يجب عليه قضاءه على أصح القولين ، وإذا فعله فى حال الصبا [٢] صحَّ على أصح الوجهين [٣] .

وأما الكفّارات فوجه وجوبها ما ذكرنا أنها حقوق مالية فجاز إيجابها على الصبيان .

دليله : سائر حقوق المال .

وقولهم : « إنها وجبت للّه تعالى » .

قلنا : لا ، بل وجبت للفقراء ، وقد ذكرنا أن الزكاة واجبة حقاً للفقراء ، فإذا قلنا هذا فى الزكاة فكيف لا نقوله فى الكفّارات ؟ وقد سبق إثبات هذا الأصل .

وقولهم : « إنها وجبت على طريق الإبتلاء » .

قلنا : لا ننكر أن الأوامر بأجمعها فيها معنى الإبتلاء ، ولكن ما كان فيها من حقوق المال يستقيم إيجابها على الصبيان ويقوم النائب المعيَّن من

---

(١) فى المخطوط : « الصبى » ، والتصويب من المحقق .

(٢) فى المخطوط : « الصبى » ، والتصويب من المحقق .

(٣) انظر المهذب : ٢٨٨/١ .

قِبَل الشرع بمنزلة النائب من قِبَله بعد البلوغ وهذا أيضاً قد ذكرناه فى كتاب الزكاة .

وأما فصل صيد الحرم ففى نهاية الإلزام .

وقولهم : « إن الواجب فى جزاء الصيد حق الصيد » .

قلنا : هذا مما لا يُفهم وإيجاب الحق للصيد مثل إيجاب الحق للجدار وما يشبهه من سائر الجمادات وَمَنْ دخل مثل هذه الترهات كفى خصمه أمره .

وقولهم : « إن الأمر لحق الصيد » .

قلنا : هذا مثل الأول ، ولا يجوز إثبات الحق على أى وجه كان إلا لِمَنْ هو من أهل الحقوق ، وإنما مُنِع الإنسان من قتل الصيد فى الحرم وإطلاقه له فى الحلّ نوع اختبار وابتلاء مثل منعه من قتله فى حال الإحرام دون حال الإحلال .

والله أعلم بالصواب .

* * *

(مسألة)

الإفراد أفضل من القِران عندنا [١] ، وكذلك هو أفضل من التمتع [٢] ، وعندنا هما رخصة ، والواجب دم جبران [٣] .

وعندهم : القِران أفضل ثم التمتع ثم الإفراد [٤] .

---

(١) المهذب : ٢٦٩/١ ، النكت ورقة : ٩٩/ب ، روضة الطالبين : ٤٤/٣ ، الإيضاح للنووى ص ١٥٥ ، قال النووى فى المجموع (١٢٧/٧) : « هذا هو المذهب والمنصوص عليه فى عامة كتبه » ا.هـ ، فتح البارى : ٤٢٩/٣ وهو قول الإمام مالك وقول للإمام أحمد ورواية عن أبى حنيفة رواها ابن شجاع .

أنظر : الإشراف للبغدادى : ٢٢٣/١ ، الكافى فى فقه أهل المدينة : ٣٦٤/١، المدونة : ٣٦٠/١ ، المغنى : ٨٢/٥ ، التعليق الكبير لأبى يعلى : ٣٢/أ ، المبسوط : ٢٥/٤ .

(٢) انظر : سنن الترمذى نقلاً عن الشافعى : ٣٧/٤ مع العارضة باب : « ما جاء فى إفراد الحج » .

(٣) النكت ورقة : ١١٨/أ ، الغاية القصوى فى دراية الفتوى : ٤٣٦/١ ، المجموع : ١٤١/٧ .

(٤) الحجة على أهل المدينة : ١/٢ ، الأسرار ، كتاب « المناسك » ص ٩٠ ، أحكام القرآن للجصاص : ٢٨٥/١ ، المبسوط : ٢٥/٤ ، رؤوس المسائل للزمخشرى ص ٢٣٥ ، بدائع الصنائع : ١٢٠٥/٣ ، مجمع الأنهر : ٢٧٨/١ .

وهو قول المزنى وابن المنذر من الشافعية ، المهذب : ٢٦٩/١ ، روضة الطالبين : ٤٤/٣ ، فتح البارى : ٤٢٩/٣ .

قالوا : هما عزيمة [١] . والدم دم نُسُك [٢] .

لنا : حديث مالك عن عبد الرحمن بن القاسم عن أبيه عن عائشة أن النبى صلى الله عليه وسلم أفرد الحج [٣] ، خرّجه مسلم [٤] فى الصحيح .

وروى أبو نعيم عن أفلح [٥] بن حميد عن القاسم بن محمد عن أبيه

---

(١) الأسرار ، كتاب « المناسك » ص ١١١ .

(٢) أحكام القرآن للجصاص : ٢٨٧/١، الأسرار ، كتاب « المناسك » ص٤٣٨ ، مختلف الرواية ورقة : ٦٧/ب ، المبسوط : ٧٥/٤ ، بدائع الصنائع : ١٢٠٥/٣ .

(٣) رواه مالك فى الموطأ : ١٢/٢ مع المنتقى ، باب « إفراد الحج » .

والترمذى فى سننه : ٣٦/٤ مع العارضة ، باب « ما جاء فى إفراد الحج » .

والدارمى فى سننه : ٣٥/٢ ، باب « الإفراد فى الحج » .

والطحاوى فى شرح معانى الآثار : ١٣٩/٢

وأبو داود فى سننه : ٣٧٦/٢ - ٣٧٩ مع المعالم .

وابن ماجه فى سننه : ٩٨٨/٢ ، باب : « إفراد الحج » .

(٤) فى المخطوط : « أبو مسلم » ، والتصويب من المحقق ، وهو مروى فى صحيح مسلم ..

أنظر : صحيح مسلم : ١٤٩/٨ مع النووى ، باب « مذاهب العلماء فى تحلل المعتمر المتمتع » .

ورواه أيضاً من رواية ابن عمر : ٢١٦/٨ مع النووى ، باب « الإفراد والقِران » .

(٥) أفلح بن حميد بن نافع الأنصارى المدنى يكنى أبا عبد الرحمن يقال : ابن صفيراء ، ثقة ، من السابعة ، مات سنة ١٥٨ هـ ، روى له البخارى ومسلم وأبو داود والنسائى وابن ماجه . انظر : التقريب ص ٣٨ .

٧١/أ عن عائشة قالت : « خرجنا مع رسول الله / ﷺ مهلّين بالحج فى أشهر الحج » [١] .

وفى رواية : « لا نذكر إلاّ الحج » [٢] .

وفى رواية : « لا نرى إلاّ الحج » [٣] .

وهذه الألفاظ كلها روايات ثابتة .

وروى عطاء [٤] عن جابر « أن النبى عليه السلام أهلّ بالحج » [٥] .

وفى رواية : « مفرداً » [٦] .

وفى رواية : « خرجنا مع رسول الله ﷺ حاجاً لا نريد إلاّ الحج ولا ننوى غيره » [٧] .

---

(١) ، (٢) رواها مسلم فى صحيحه : ١٤٦/٨ ، ١٤٧ ، ١٤٩ مع النووى .

(٣) رواها مسلم فى صحيحه : ١٤٥/٨ ، ١٤٦ ، ١٤٧ مع النووى .

والطحاوى فى شرح معانى الآثار : ١٣٩/٢ .

(٤) عطاء بن أبى رباح القرشى مولاهم المكى ، ثقة فقيه فاضل ، لكنه كثير الإرسال ، من الثالثة ، مات سنة أربع عشرة على المشهور ، وقيل : إنه تغير بآخره ولم يكن ذلك منه ، روى له أصحاب الكتب الستة (التقريب ص ٢٣٩) .

(٥) رواها مسلم فى صحيحه : ١٦٥/٨ مع النووى ، باب « مذاهب العلماء فى تحلل المعتمر المتمتع » ، ولفظه : « أهللنا مع رسول الله ﷺ بالحج .... » .

(٦) رواها مسلم فى صحيحه : ١٥٨/٨ مع النووى ، باب « مذاهب العلماء فى تحلل المعتمر المتمتع » .

وأبو داود فى سننه : ٣٨٤/٢ مع المعالم .

(٧) رواها مسلم فى صحيحه : ١٧٤/٨ مع النووى ، باب « حجة النبى ﷺ » .

والطحاوى فى شرح معانى الآثار : ١٤٠/٢ .

والنسائى فى سننه : ١٢١/٥ ، باب « ترك التسمية عند الإهلال » .

وروى عبيد الله [١] بن عمر عن نافع عن ابن عمر [٢] « أن النبى عليه السلام أفرد الحج » [٣] .

وأفرد أبو بكر وعمر وعثمان [٤] .

وأما هم تعلقوا بما روى حماد [٥] بن زيد عن حميد [٦]

---

(١) عبيد الله بن عمر بن حفص بن عاصم بن عمر بن الخطاب العمرى المدنى أبو عثمان ، ثقة ، ثبت ، قدّمه أحمد بن صالح على مالك فى نافع وقدّمه ابن معين فى القاسم عن عائشة على الزهرى عن عروة عنها ، من الخامسة ، مات بضع وأربعين ، روى له أصحاب الكتب الستة .

(انظر التقريب ص ٢٢٦) .

(٢) فى المخطوط : « عمر » والتصويب من سنن البيهقى : ٤/٥، وصحيح مسلم .

(٣) رواها مسلم فى صحيحه : ٢١٦/٨ مع النووى ، باب « الإفراد والقِران » ولفظه : « إن رسول الله ﷺ أهلّ بالحج مفرداً » ا.هـ .

والبيهقى فى سننه : ٤/٥ ، باب « مَن اختار الإفراد » .

والدارقطنى فى سننه : ٢٣٨/٢ .

والترمذى فى سننه : ٣٦/٤ مع العارضة .

(٤) رواه الترمذى فى سننه : ٣٦/٤ مع العارضة ، باب « ما جاء فى إفراد الحج » .

والدارقطنى فى سننه بأطول منه : ٢٣٩/٢ .

وابن ماجه فى سننه : ٩٨٩/٢ ، باب « الإفراد بالحج » .

(٥) حماد بن زيد بن درهم الأزدى الجهضمى أبو إسماعيل البصرى ، ثقة ، ثبت ، فقيه ، من كبار الثامنة ، مات سنة ٢٧٩ هـ ، وله إحدى وثمانون سنة ، روى له أصحاب الكتب الستة (انظر التقريب ص ٨٢) .

(٦) حميد أى « الطويل » .

عن أنس قال : سمعتُ رسول اللّه ﷺ يقول : « لَبَيْك بحجة وعُمرة » [١] .

وفى رواية أنس أنه سمع النبى عليه السلام يقول : « لَبيْك عُمرة وحجاً » [٢] .

وعن بكر [٣] بن عبد اللّه المزنى قال : قلتُ لأنس بن مالك : كيف صنعتم فى حجتكم مع رسول اللّه ﷺ ؟ فقال : قدمنا ونحن نقول : لَبَيْك عُمرة وحجاً ، فأمرنا رسول اللّه ﷺ أن نحلّ إلاّ مَنْ كان معه الهَدْى ، فلقيتُ ابن عمر فسألته فقال ابن عمر : إنَّا أهللنا [٤] بالحج فأخبرته بقول أنس فقال : نسى رحمه اللّه ، فلما رجعتُ أخبرت أنس بقول ابن عمر فغضب ، وقال : كأنّا صبيان » [٥] .

---

(١) رواه الترمذى فى سننه : ٣٨/٤ مع العارضة ، باب « ما جاء فى الجمع بين الحج والعُمرة » .
وابن الجارود فى المنتقى ص ١٥٢ رقم (٤٣٠) .

(٢) الحديث رواه البخارى ومسلم فى صحيحيهما واللفظ لمسلم .
انظر : صحيح البخارى : ٤٠٨/٣ مع الفتح .
صحيح مسلم : ٢١٦/٨ ، ٢٣٣ مع النووى .
ورواه الطحاوى فى شرح معانى الآثار : ١٥٣/٢ .
وابن ماجه فى سننه : ٩٨٩/٢ ، باب « مَن قرن الحج والعُمرة » .

(٣) بكر بن عبد اللّه المزنى أبو عبد اللّه البصرى ، ثقة ثبت جليل ، من الثالثة ، مات سنة ١٠٦ هـ . روى له أصحاب الكتب الستة .
(انظر التقريب ص ٤٧) .

(٤) فى المخطوط : « إن حللنا » والتصويب من صحيح مسلم .

(٥) رواه مسلم فى صحيحه : ٢١٦/٨ مع النووى ، باب « الإفراد والقِران » .
والنسائى فى سننه : ١٧٧/٥ ، باب « القران » .
والطحاوى فى شرح معانى الآثار : ١٥٢/٢ .
والبيهقى فى سننه : ٩/٥ ، باب « مَنْ اختار القِران » .

وروى عبد العزيز [١] بن صهيب عن أنس قال : سمعتُ رسول اللّه ﷺ « أهلّ بهما لَبَيْك عُمرة وحجاً » [٢] .

وفى الباب عن عمر [٣]، وعليّ ، وعمران [٤] بن حصين ، قال : « وهذه الرواية أولى لأن فيها زيادة » .

وروى عمرو [٥] بن دينار عن عكرمة عن ابن عباس « أن النبى عليه السلام اعتمر أربع عُمر : عُمرة الحديبية وعُمرة القضية وعُمرة الجعرانة والرابعة [٦] التى مع حجته » [٧] .

---

(١) عبد العزيز بن صهيب البنانى البصرى ثقة ، من الرابعة ، مات سنة ١٣٠ هـ روى له أصحاب الكتب الستة (انظر التقريب ص ٢١٤) .

(٢) هذه الرواية رواها مسلم فى صحيحه : ٢٣٣/٨ مع النووى باب « جواز التمتع فى الحج والقِران » .

وأبو داود فى سننه : ٣٩١/٢ مع المعالم .

والنسائى فى سننه : ١١٦/٥ ، باب « القِران » .

والبيهقى فى سننه : ٩/٥ ، باب « مَنْ اختار القِران » .

(٣) رواه البخارى فى صحيحه : ٣٩٢/٣ مع الفَتح ، وهو مما انفرد به البخارى ، وأبو داود فى سننه : ٣٩٤/٢ ، ٣٩٥ ، مع المعالم ، باب « القِران » ، وابن ماجه فى سننه : ٩٩١/٢ .

(٤) رواه الطحاوى فى شرح معانى الآثار : ١٥٢/٢ .

(٥) عمرو بن دينار المكى أبو محمد الأثرم الجمحى مولاهم ، ثقة ، ثبت ، من الرابعة ، مات سنة ١٢٦ هـ .

روى له أصحاب الكتب الستة (انظر التقريب ص ٢٥٨) .

(٦) فى المخطوط : « الرابع » والتصويب من سنن الترمذى .

(٧) رواه الطحاوى فى شرح معانى الآثار : ١٥٠/٢ .

والترمذى فى سننه : ٣٢/٢ مع العارضة ، باب « ما جاء كم اعتمر النبى ﷺ » ثم قال : « حديث ابن عباس حديث غريب » .

(وفى الباب عن أنس وعبد الله بن عمرو وابن عمر رضى الله عنهم)[١] .

والجواب :

إن الشافعى رحمه الله احتج برواية الإفراد بفقه عائشة وحفظ جابر وقرب ابن عمر [٢] .

أما فقه عائشة فلا إشكال فيه .

وأما حفظ جابر فلأنه أحسن الرواة سياقة لحج النبى عليه السلام ولم يرو أحد حج النبى عليه السلام من أوله إلى آخره كما رواه جابر . وأما قرب ابن عمر فلأنه قال : كان أنس يدخل على النساء وهن متكشفات ، وكنتُ تحت ناقة النبى عليه السلام يمسّنى لعابها [٣] .

وروى بكر بن عبد الله المزنى عن ابن عمر أنه قال : « ذَهِلَ أنس ، إنما أهلّ رسول الله ﷺ وأهللنا معه » [٤] .

وفى رواية « رحم الله أنساً ، وَهِلَ أنس ، إنما أهلّ بالحج وأهللنا معه »[٥] .

واعلم أنه لا يصح فى القِران إلاّ رواية أنس .

وأما غيرها من الروايات فيها مقال كثير ، وقد أنكر ابن عمر روايته وزعم أنه نسى وذَهِلَ .

= وروى ابن عيينة هذا الحديث عن عمرو بن دينار وعن عكرمة « أن النبى ﷺ اعتمر أربع عمر .... ولم يذكر فيه ابن عباس » ا . هـ .

(١) ما بين القوسين نقلا من سنن الترمذى : ٣٢/٢ مع العارضة .

وقد رواه عن ابن عمر الطحاوى فى شرح معانى الآثار : ١٤٩/٢ ، ١٥٠ .

(٢) ذكر ذلك المزنى فى مختصره : ٥٥/٢ مع الأم .

(٣) رواه البيهقى فى سننه : ٩/٥ ، باب « مَنْ اختار القِران » .

(٤) رواه الطحاوى فى شرح معانى الآثار : ١٥٢/٢ .

(٥) روى هذه الرواية ابن الجارود فى المنتقى ص ١٥٢ .

والخبر الواحد إنما يُقبل بجهة حُسن الظن بالراوى فلا بد من سلامته من دعوى النسيان والخطأ عن أمثاله .

وقد ادّعى ابن عمر عليه النسيان والخطأ ، ويجوز أن يكون الأمر على ما قال لأنه يحتمل أنه سمعَ النبى عليه السلام يعلّم غيره القِران بين الحج والعُمرة فظن أنه قاله بنفسه وهذا محتمل [1] ، وأنس رضى اللّه عنه غير معصوم من الخطأ .

وقد ثبت أن أبا بكر وعمر وعثمان أفردوا الحج [2] ، والظاهر أنهم اقتدوا فى فعلهم بفعل رسول اللّه ﷺ ، فدلّ أنه كان مفرداً .

فإن قالوا : قد ثبت عن علىّ عليه السلام أنه قَرَنَ .

قلنا : « إنما فعل ذلك حين نهى عثمان عن المتعة وعن الجمع بينهما » [3] فأهلّ بهما ليبين الجواز .

وفى الباب قصة طويلة وروايات كثيرة .

وأما الذى رووا عن ابن عباس رضى اللّه عنه فى أن النبى عليه السلام اعتمر أربع عُمر .

---

(١) قاله البيهقى فى سننه : ٥/١٠ ، باب « مَنْ اختار القِران » ، والشيرازى فى النكت ورقة : ١٠١/ب .

(٢) سبق تخريجه .

(٣) رواه البخارى فى صحيحه : ٣/٤٢١ ، ٤٢٢ ، ٤٢٣ مع الفتح ، باب «التمتع والقِران والإفراد » ، والنسائى فى سننه : ٥/١١٥ ، باب « القِران » .

والدارمى فى سننه : ٢/٧٠ .

والطحاوى فى شرح معانى الآثار : ٢/١٤٩ .

قلنا : الصحيح من ذلك الخبر أنه مرسل رواه ابن عيينة [١] عن عمرو بن دينار عن عكرمة عن النبى عليه السلام [٢] .

وقد اختار أكثر أهل الحديث التمتع وجعلوه أوْلى ، وفى فعل رسول اللّه صلى اللّه عليه وسلم المتعة روايات صحيحة ، ولعل الجمع بين الروايات المختلفة على طريق مَنْ يقول : إن التمتع أمكن وأفضل وأسهل .

وأما رواية ترجيح الإفراد على رواية القِران فظاهر على ما سبق .

وفى هذه المسألة خطب عظيم .

وقد طعن بعض أهل البدعة فى الرواة ونسبوهم إلى الكذب بسبب إختلافهم فى هذه الروايات مع إتفاق الكل أن النبى عليه السلام لم يحج إلاَّ حجة واحدة ، وقد بيّنا وجه الترجيح والتأويل ، فنسأل اللّه تعالى أن يعصمنا من إساءة القول فى السَلَف الصالح وأن يجعلنا مِمَنْ يُحسن الظن بهم ويُحسن القول فيهم ، وأن نكون مِمَنْ يرجع بالتهمة على نفسه بظن التقصير وقلة البلوغ لقلة الآلة ، واللّه تعالى ولى العصمة والمعونة .

وأما الكلام فى المعنى فنقول :

القِران والمتعة رخصتان ، والأصل هو الإفراد ، والدليل على أن القِران رخصة أنه يتضمن إسقاط أحد السفرين وإحدى الزيارتين ، والحج حقيقة زورة لبقاع معلومة محترمة وحضور إلى مشاهد مخصوصة معظمة مشرفة وأدنا [٣] .... [٤] مقصود فى

---

(١) ابن عيينة هو « سفيان » .

(٢) قاله البيهقى فى سننه : ٥/١٢ ، وقد سبق تخريجه .

(٣) كذا فى المخطوط .

(٤) فى المخطوط كلمة غير واضحة ولعلها : « فإن السفر ... » .

/ باب الحج ، بدليل أن مَنْ أوصى بأن يُحَج عنه فإنه يُحَج عنه من وطنه ٧١/ب ولولا أن السفر مقصود وإلا لكان يُحَج عنه من أدنى المواقيت [١] .

ويدل عليه : أنهم قالوا : لو نذر أن يحج ماشياً فحجّ به راكباً يلزمه دم [٢] ، وفى القِران اقتصار على زورة واحدة وسفر واحد فعلى فعل السفرين استكثار تحمل التعب والنَصَب ، وكلما كثر التعب والعمل فيكون الثواب أكثر ، وإذا كان الثواب أكثر كان الفعل أفضل ، وأيضاً فإن فعل زيارتين استكثار الزيادة ، والحاج زائراً للّه تعالى ، واللّه تعالى مزوره ، وكما كانت الزيارة أكثر كان موقعها عند المزور أعظم وأكثر .

وأما حرف بيان أن القِران والمتعة رخصة فلأن فى القِران ترك سفر مقصود وزيارة مقصودة ، وفى فعل المتعة ترك فعل العُمرة فى وقتها وهو غير أشهر الحج وفعلها فى غير وقتها فكان كلا العملين من القِران والمتعة رخصة .

يبيِّنه : أن لفظ المتعة دليل على الرخصة ، لأنه ترفه وإرتفاق زائد لم يكن مشروعاً فى أصل النُسُك فإذا ثبت النقصان وثبت الرخصة مع النقصان ثبت أن الإفراد أفضل ، وثبت أن الدم دم جبران لا دم نُسُك فيكون فعل النُسُكين على وجه لا نقصان فيه أولى من فعله مع النقصان وقد قال جماعة من أصحابنا : إن الأعمال تكون أكثر فى إفراد النُسُكين ، وتعلّق بالتلبية والحلق والسفر الذى بيّناه ، والأولى ما سبق وهو حقيقة المسألة وليكن الاعتماد عليه .

أما حجتهم :

من حيث المعنى فى القِران معنيان يدلان على أنه الأفضل :

---

(١) انظر : الأسرار ، كتاب « المناسك » ص ١٠٠ .

(٢) انظر : الأسرار ، كتاب « المناسك » ص ١٠١ .

أما الأول : فلأن فيه البدار إلى فعل النُسُكين وقد قال تعالى : ﴿ وَسَارِعُواْ إِلَى مَغْفِرَةٍ مِّن رَّبِّكُمْ ... ﴾ (١) ، وقال تعالى فى أعمال الخير : ﴿ وَهُمْ لَهَا سَابِقُونَ ﴾ (٢) ومعناه : إليها سابقون (٣) .

وفى الإفراد تأخير أحدهما وفعل الآخر .

والثانى : قالوا : إن العُمرة تنزل من الحج منزلة نفل الصلاة من فرضها ، ألا ترى أنها عبادة من جنس الحج شرع فى عموم الأوقات مثل النفل عبادة من جنس الفرض شرع فى عموم الأوقات ، وإنما شرع كل واحد تكميلاً للحج فى أحد الموضعين ، وللصلاة فى الموضع الآخر وتحسيناً لهما ثم صلاة الفرض بنفل يتقدمها يكون أفضل وأكمل ، فكذلك الحج بعُمرة تتقدمه يكون أفضل وأكمل ، وأيضاً فإن العمرة إذا كانت تُحسِّن الحج وتزينه فيكون القِران مشتملاً على زيارة فى نفس الحج .

قالوا : وأما دعوى النقصان فلا معنى له ، لأن الجمع بين العبادتين لا يوجب نقصاً فى واحد من العبادتين كالجمع بين الصوم والإعتكاف والجمع بين الصوم والإحرام (٤) .

وأما قولهم : « إنه تضمن إسقاط أحد السفرتين » فالسفر ليس بمقصود إنما هو شئ يتقدم ليُتوصل به إلى مكان الحج ، ألا ترى أن حج المكى وحج غير المكى فى الكمال يكون واحداً وإن كان يوجد السفر لأحدهما دون الآخر .

---

(١) سورة آل عمران : جزء من آية ١٣٣ .

(٢) سورة المؤمنون : جزء من آية ٦١ .

(٣) انظر : الأسرار ، كتاب « المناسك » ص ١٠٣ .

(٤) انظر : الأسرار ، كتاب « المناسك » ص ١٠٣ ، ١٠٤ .

وأما فصل الزيارة فالزيارة هو الحج ، وقد زار بالقِران زورتين أحدهما بجهة الحج والآخر بجهة العُمرة .

قالوا : « وكذلك لا نقصان فى المتعة أيضاً » .

وقولكم : « إنها أتىٌ بالعمرة فى وقت الحج » .

قلنا : أشهر الحج وقت النُسُكين جميعاً على وجه واحد ولا معنى للمنع من العمرة فى أشهر الحج حتى يكون الإطلاق رخصة ، أو ليضمن فعله إدخال نقص فى الحج ، وإذا ثبت أنه لا نقص ثبت أن الدم نُسُك وإذا كان نُسُكاً فقد تضمن القِران والمتعة زيادة نُسُك لا يوجد عند الإفراد فصار أفضل .

قالوا : ولهذا يؤكل منه ويختص فعله بيوم النحر ، لأنه زمان فعل النسك من الضحايا .

قالوا : وأما « تعلقكم بكثرة الأفعال وقلة الأفعال » . فعندنا الأفعال عند القِران مثل الأفعال عند الإفراد أن يكمله .

وأما التلبية فليس من أفعال الحج لكن سبب لوجوب الإحرام ، وقد وجب به إحرامان عندى مثل ما يجب إذا كان منفرداً ، وكذلك الحلق سبب للتحلل وقد حصل به تحللان فصار الحاصل للقارن جميع أفعال الحج على التلبية إحرامان وطوافان وسعيان وتحللان فلم يكن نقصان بوجهٍ ما [1] .

قالوا : وأما المكى إنما لا يجوز له القِران والتمتع ، لأن حقيقته لا توجد منهما ، وقد ذكرنا هذا فى الأوساط ، فلَا معنى للإعادة .

الجواب :

أما قولهم : « فى القِران بدار إلى فعل النسُك والبدار إلى الطاعات أفضل » .

---

(١) انظر : الأسرار ، كتاب « المناسك » ص ١٠٥ .

قلنا : نعم ، إذا كان لا يؤدى إلى إدخال نقص فى طاعة أخرى ، وقد بينّا أن القِران يؤدى إلى إدخال نقص فى الحج .

يدل عليه : أنه إذا أفرد فقد أتى بالحج وأفعاله من غير مزاحم له وحصل الإحرام وأفعاله مسلمة للحج ، وإذا قَرَنَ فقد أتى بالحج مع مزاحم له فى القصد والسفر والتلبية والأفعال المفعولة / ودخول المزاحم ينقص . ٧٢/أ

وعن الشعبى أنه كان ضئيلاً ضعيفاً فسئل عن ذلك فقال : « زوحمت فى الرحم » [١] .

وأما قولهم : « إن العُمرة من الحج تنزل بمنزلة نفل الصلاة مع فرضها ».

لا نسلّم ذلك ، وقد ثبت عندنا [٢] أن العُمرة فريضة مثل الحج .

وقد سبق من قبل [٣] ، والذى قالوا بناء على أصلهم [٤] .

وأما الذى قالوا : « إنه لا نقصان » .

قد بيّنا وجود النقصان بما فيه كفاية ، وفصل الزيارة معتمد ، والحج حقيقة زيارة أمكنة للّه تعالى على ما سبق ، والإتيان بالزيارة مرتين أولى من الإتيان بها مرة واحدة .

وقولهم : « إن القارن زائر مرتين » .

فالمحسوس يدفعه بل زائر مرة بقصدين فأما أن يكون زائراً مرتين فمحال .

وأما التمتع فقد جاء بأصل العُمرة وأحرم بالعُمرة من الميقات وإنما يحرم

---

(١) ذكره الذهبى فى سير أعلام النبلاء : ٢٩٧/٤ .

(٢) أى عند الشافعية .

(٣) انظر : مسألة : هل العُمرة فريضة ؟

(٤) وهو أن العمرة ليست بواجبة .

بالحج من جوف مكة فيكون زائراً بنيّة الحج من مكة ، وإذا أفرد يكون زائراً بنيّة الحج من وطنه وكلما كان شرط الزيارة أبعد يكون أفضل ومكانته عند المزور أكثر ، وكلما قرب وأدنى كان محله أدنى وأقل وهذا ظاهر جداً للمتأمل .

وأما قولهم : « إن السفر ليس بمقصود » .

قلنا : بيّنا إنه مقصود ، وقد روى عن عليّ وابن مسعود أنهما قالا : « من تمام الحج والعُمرة أن تحرم بهما من دويرة أهلك » [(١)] .

وأما دعواهم إن الدم دم نُسُك .

فقد دللنا أنه دم جبران وهو بناء على ثبوت دخول النقصان فى النُسُك وقد سبق .

وقولهم : « إنه يؤكل منه ويختص بيوم النحر هو على أصلهم » .

وقد استدل الأصحاب فى أنه دم جبران بدخول الصوم بدلاً عنه ولا مدخل للبدل فى دماء النُسُك إنما مدخله فى دماء الجبرانات .

وأما قولهم : « إنه أتى بالأعمال على حسب ما يأتى بها عند الإفراد » . فليس بصحيح بدليل فعل التلبية والحلق .

وأما قولهم : « إن التلبية ليست من أفعال الحج » .

قلنا : قد دللنا من قبل أنه من أفعال الحج .

---

(١) أخرجه عنهما الشافعى ، باب « الإهلال من دون الميقات » .
انظر الأم : ٧/٢٣٥ .
والحاكم عن عليّ فى المستدرك : ٢/٢٧٦ ، تفسير سورة الفاتحة .
والبيهقى فى سننه : ٥/٣٠ ، باب « مَنْ استحب الإحرام من دويرة أهله » .

وقولهم : « إنه يجب بالتلبية إحرامان » .

فهو مذهبهم ، أما عندنا فالواجب بها إحرام واحد وسنبين ذلك فى المسألة التى تلى هذه .

وأما عذرهم عن الحلق .

قلنا : هو وإن كان للتحلل ولكن هو فى نفسه نُسُك فإذا أفرد أتى بنُسُكين وإذا قَرَنَ أتى بنسك واحد ، وقد قام الدليل لنا أيضاً أن القارن يكفيه طواف واحد وسعى واحد فهذا وجه الكلام فى هذه المسألة على الإختصار وهو أصل كبير ، والإعتماد على ما ذكرنا . واللّه تعالى أعلم .



(مسألة)

القارن يطوف طوافاً واحداً ويسعى سعياً واحداً [1] .

وعندهم : يطوف طوافين ويسعى سعيين [2] .

لنا :

حديث عبد الله بن عمر أن النبى ﷺ قال : « مَنْ أحرم بالحج والعُمرة أجزأه طواف واحد وسعى واحد فلا يَحِلّ مَنْ يحلّ من واحد حتى يحلّ منهما » [3] .

وقد حملوا هذا على طواف القدوم وعلى طواف الصدر ، وليس بشئ ، لأن الطواف المطلق فى باب الحج ينصرف إلى طواف الإفاضة [4] منه ، وأيضاً فإنه صلى الله عليه وسلم قَرَنَه بالسعى ولا سعى فى طواف الوداع

---

(١) المهذب : ١/ ٣١٠ ، المجموع : ٨/ ٦٥ ، النكت : ١١٠/أ .

وهو قول مالك وأصح القولين عن أحمد ، الإشراف للبغدادى : ١/ ٢٣٠ ، ٢٣١ ، التعليقة الكبيرة لأبى يعلى ورقة : ١٠٢ /ب . المغنى : ٥/ ٣٤٧ .

(٢) الحجة على أهل المدينة : ٢/ ١ ، شرح معانى الآثار : ٢/ ٢٠٧ .

الأسرار ، كتاب « المناسك » ص ٧٨ ، المبسوط : ٤/ ٢٧ ، وهو الرواية الأخرى عن أحمد ، المغنى : ٥/ ٣٤٧ .

(٣) رواه الدارقطنى فى سننه : ٢/ ٢٥٧ ، ولفظه : « مَنْ أحرم بالحج .... أجزأه طواف وسعى واحد ولا يحل من واحد منهما حتى يحل منهما جميعاً » ا.هـ .

والطحاوى فى شرح معانى الآثار : ٢/ ١٩٧ ، من قول ابن عمر .

والدارمى فى سننه : ٢/ ٤٣ مرفوعاً ، دون قوله : « وسعى سعياً واحداً » .

(٤) فى المخطوط : « الإفاقة » ، والتصويب من المحقق .

وفى طواف القدوم ، إنما السعى مقرون بطواف الإفاضة [1] ولئن جاز عقيب طواف القدوم إنما يجوز على سبيل التعجيل والتقديم ، ويدل عليه : قوله عليه السلام لعائشة : « طوافك بالبيت وبين الصفا والمروة يكفيك لحجك وعُمرتك » [2] ، والخبر صحيح .

وفى حديث عائشة قال : « وأما الذين قرنوا وطافوا لهما طوافاً واحداً [3] وسعوا سعياً واحداً » [4] فهو صحيح أيضاً .

وقال المخالف :

إن عائشة لم تكن قارنة بدليل أن النبى عليه السلام قال لها : « ارفضى عمرتك وامتشطى واغتسلى » [5] ، ولأن النبى عليه السلام دخل عليها وهى تبكى قال لها : مالكِ ؟ قالت : أكل نسائك يرجعن بنُسُكين وأنا أرجع بنُسُك واحد ؟ فأمر عبدَ الرحمن بن أبى بكر - أخاها - حتى أعمرها فى التنعيم [6] .

---

(١) فى المخطوط : « الإفاقة » ، والتصويب من المحقق .

(٢) رواه مسلم فى صحيحه : ١٥٦/٨ مع النووى ، باب « مذاهب العلماء فى تحلل المعتمر المتمتع » ، والدارقطنى فى سننه : ٢٦٣/٢ .

(٣) فى المخطوط : « طواف واحد » ، والتصويب من موطأ مالك .

(٤) رواه بهذا اللفظ الإمام مالك فى الموطأ .

وأصله فى الصحيحين ولفظه فيهما : « وأما الذين جمعوا بين الحج والعمرة فإنما طافوا طوافاً واحداً » ا.هـ .

انظر : صحيح البخارى : ٤١٥/٣ مع الفتح ، باب « كيف تهل الحائض والنفساء » .

صحيح مسلم : ١٤٠/٨ مع النووى ، باب « بيان حج الحائض » .

(٥) رواه البخارى فى صحيحه : ٦٠٥/٣ مع الفتح ، باب « العمرة ليلة الحصبة وغيرها » .

ومسلم فى صحيحه : ١٣٨/٨ ، ١٣٩ مع النووى ، باب « حج الحائض » .

(٦) رواه البخارى فى صحيحه : ٤٢١/٣ مع الفتح باب « التمتع والقِران » . =

والجواب :

إن الخبر الذى روينا متفق على صحته .

وأما قوله عليه السلام : « ارفضى عُمرتك » يعنى أعمال عُمرتك [1] .

قال الشافعى [2] : « وامتشطى واغتسلى » .

يجوز للمحرم أن يمتشط ويغتسل غير أنها ترفق بشعرها حتى لا تنتفه[2] .

وأما بكاؤها ، وقولها : « أكل نسائك يرجعن بنُسُكين وأنا أرجع بنُسُك واحد » ؟ .

فإنما طلبت فعل كل واحد من النُسُكين على الإنفراد ، وقد أيَّد ما روينا حديث موسى بن عقبة عن نافع عن ابن عمر أنه أَهَلَّ بالعُمرة فلما أتى الجحفة قال : ما أمرهما إلاَّ واحد أشهدكم أنى قد أدخلت الحج على العُمرة ، فطاف لهما طوافاً واحداً وسعى سعياً واحداً ، وقال : « هكذا رأيتُ رسول اللّه صنع » [3] . والخبر صحيح .

= ومسلم فى صحيحه : ١٤٣/٨ ، ١٥٣ مع النووى ، باب « مذهب العلماء فى تحلل المعتمر المتمتع » .

ولفظ البخارى ومسلم : « قالت : يا رسول اللّه ، يرجع الناس بعمرة وحجة وأرجع أنا بحجة » ؟

ورواه أيضاً : أبو داود فى سننه : ٣٨٤/٢ مع المعالم ، باب « إفراد الحج » .

والنسائى فى سننه : ١٢٨/٥ ، باب « فى المهلة للمرأة تحيض وتخاف فوات الحج » .

(١) ذكر ذلك النووى فى شرحه على مسلم : ١٣٩/٨ ، ١٤٠ .

(٢) ذكر ذلك فى الأم : ١٧٤/٢ .

(٣) رواه مسلم فى صحيحه : ٢١٣/٨ ، ٢١٤ مع النووى ، باب « جواز =

قالوا : روى عليّ أن النبى عليه السلام قَرَنَ فطاف لهما طوافين وسعى لهما سعيين [1] .

وفى رواية : « إن علياً قَرَنَ فطاف لهما وسعى سعيين ، وقال : هكذا رأيتُ رسول الله ﷺ فعله » [2] .

والجواب :

٧٢/ب

إن الدارقطنى قال : رواه حفص بن أبى داود وهو ضعيف [3] / وعلى أنّا بيّنا أنه صح أن النبى عليه السلام كان مفرداً ولم يكن قارناً .

وأما الكلام من حيث المعنى :

فهو بناء أنه محرم بإحرام واحد ، والدليل على أن الإحرام بالحج عبادة من جنس الإحرام بالعُمرة ، ويجوز أن يقال إن الإحرام فيهما عبادة واحدة ، لأنها من حيث الإحرام واحد فإذا فعل فى زمان واحداً منهما لم يجز أن يفعل منهما أخرى فى ذلك الزمان .

دليله : الصوم والصلاة .

= التحلل بالإحصار ، والبخارى فى صحيحه : ٣ /٤٩٤ مع الفتح ، باب « طواف القارن » . ومالك فى الموطأ عن ابن عمر : ٢٧٥/٢ مع المنتقى ، باب « ما جاء فيمن أحصر بعدو » ، كلهم رووه من غير طريق موسى بن عقبة .

ورواه الطحاوى فى شرح معانى الآثار عن موسى بن عقبة : ١٩٧/٢ ، ١٩٨ .

والدارقطنى فى سننه : ٢٥٧/٢ ، عن موسى بن عقبة أيضاً .

(١) ، (٢) رواه الدارقطنى فى سننه : ٢٦٣/٢ .

(٣) قاله فى السنن : ٢٦٣/٢ .

ودليله : الإحرام بحجتين وعُمرتين فإن عندنا [١] لا ينعقد الإحرام إلا بأحدهما .

وعندهم : إن انعقد إنما ينعقدان جميعاً من حيث أنه التزام ، فأما من حيث الفعل فلا يُتصور إجتماعهما ، ولهذا المعنى حكموا بارتفاض أحدهما ، ولأن الزمان ظرف العبادة ، فإذا اشتغل بعبادة لم يُتصوّر إشتغاله بعبادة أخرى من جنسها مثل المكان المحسوس إذا اشتغل بشئ لم يُتصوّر إشتغاله بشئ آخر ، وإذا ثبت أن الإحرام واحد تكون الأعمال واحدة أيضاً .

ويُستَدل من حيث الحكم بالتلبية والحلق فإنه يكتفى بالواحد منهما بالإجماع .

وأما حُجَّتهم :

قالوا : أحرم بالحج والعُمرة فيطوف طوافين ويسعى سعيين .

دليله : إذا أفرد كل واحد منهما ، وهذا لأن القِران ليس إلا الجمع بين عبادتين فلا يوجب تغيير عمل العبادتين كالجمع بين الصوم والإعتكاف ، وكالجمع بين الصوم والإحرام .

والحرف أن القِران لم يفد إلاّ الجمع ، وأما العبادتان فيما وراء الجمع مثلهما أن لو أتى بكل واحد منهما على الإنفراد .

واستدلوا فى أنه محرم بإحرامين أنه نوى الحج والعُمرة مقرونة بالتلبية وكل واحد من التلبيتين أوجب إحراماً ، وهذا لأنه وُجد سبب الإحرامين بدليل حال الإنفراد وإذا وُجِد سبب الإحرامين يصير محرماً بإحرامين .

قالوا : وأما التلبية فهى عقد على أداء العبادة فهى وإن كانت عبادة متجددة فالحاصل بهما عقدان مثل مَنْ باع من إنسان عبدين بلفظ واحد ،

---

(١) سبقت هذه المسألة وذكر الأقوال فيها عند مسألة : إذا أحرم بحجتين .....

وباع من رجلين بلفظ واحد فإنه يكون الحاصل عقدان ، ولا فرق بين أن يبيع العبدين بلفظ أو يبيعهما بلفظين فى موجب العقد ، كذلك ههنا لا فرق بين أن يلبى تلبية واحدة أو يلبى تلبيتين فى موجبهما من الإحرام ، فكما أنه لو أتى بكل واحد منهما على الإنفراد يكون الحاصل إحرامان ، كذلك إذا أتى بهما جميعاً ، كذلك أيضاً قالوا : « وقولكم إن العبادتين من جنس واحد فإذا شغل الوقت بأحدهما لا يُتصوّر إشتغاله بالأخرى » .

قالوا : هذا فى الأداء مسلَّم ، فأما الإحرام الذى هو عقد على الأداء والتزام على ما سبق من قبل فلا ، لأن الذمة واسعة للإلتزام سواء أكانت في عقدين مختلفين أو فى عقدين من جنس واحد .

وكذلك قولنا : « إنه عقد على الأداء » ، معناه أنه إلتزام للأداء .

قالوا : ولهذا قلنا إن الإحرام بحجتين أو عُمرتين ينعقد ، وإنما يرتفع أحدهما عند الإشتغال بالأداء ، لأن التضايق بينهما فى الأداء لا فى الإلتزام والعقد على الأداء .

قالوا : وكذلك الحلق موجب التحلل والواجب بالحلق الواحد تحللان مثل ما قلنا : إن الواجب بالتلبية الواحدة إحرامان .

يبيِّنه : أنه يجوز أن يوجب بيعين بلفظ واحد ، وكذا يقبلهما بلفظ واحد ، كذلك يجوز أن توجب إحرامين بلفظ واحد وتحللين بفعل واحد .

الجواب :

إن قولهم : « محرم بالحج والعمرة » .

قلنا : نعم ، ولكن بإحرام واحد ، وفى الأصل الذى قاسوا عليه محرم بإحرامين .

وأما قولهم : « إنه محرم بنيِّة الحج والعمرة » .

قلنا : نحن نقول بهذا إنه محرم بالحج والعُمرة لأجل النيَّة التى ذكروها ، ولأنه يصير مؤدياً للحج والعمرة فلا بد من نيتهما ليصير مؤدياً لهما غير أن الإحرام واحد لما بيّنا من الدليل ، والذى ذكروه بعد هذا كله بناء على أصلهم فى أن الإحرام ليس بأداء الحج بل هو عقد على الأداء وإلتزام محض على ما ذكروا من قبل .

وأما على مذهبنا فالإحرام أداء العبادة والوقت لا يتسع [(١)] الواحد لا يسع لأداء عبادتين من جنس واحد لا حكماً ولا حقيقة بدليل ما سبق . وأما بيع العبدين أو البيع من اثنين فهو من باب المعاملات وهذا جائز فى المعاملات ، لأنها التزامات .

وأما العبادة أداء والأداء فعل والوقت الواحد لا يتسع لفعلين اثنين بدليل الوقوفين والطوافين ، وكذلك فى الصلاتين والصومين فهذا وجه الكلام فى هذه المسألة .

وقد قال الأصحاب :

إن الأعمال تتداخل وقد وَرَدَ أن النبى عليه السلام قال : « دخلت العُمرة فى الحج إلى قيام الساعة » [(٢)] ، ومعنى الدخول دخول الأفعال على ما / ٧٣/أ عُرِف من مذهبنا ، وهم يقولون إن المعنى دخول الوقت يعنى أنها جازت فى وقت الحج [(٣)] ، وهذا مجاز ، والحقيقة ما قدمنا من دخول الأعمال لأن الحج هو الأعمال ، وقد دخلت العُمرة فى الحج وليس ذلك إلاّ ما ذكرناه والإعتماد من حيث الحقيقة على ما ذكرنا من قبل وهو متن المذهب . والله تعالى أعلم .

* * *

---

(١) كذا فى المخطوط ولعل الكلمة سهو من الناسخ لأن الكلام يستقيم بدونها ولا يستقيم معها .

(٢) رواه مسلم فى صحيحه : ١٧٩/٨ ، مع النووى ، باب « حجة النبى ﷺ » وأحمد فى المسند : ١٧٥/٤ ، وابن ماجه فى سننه : ٩٩١/٢ .

(٣) انظر : الأسرار ، كتاب « المناسك » ص ٨٨ .

(مسألة)

طواف الجُنُب والمحدث غير محسوب به عندنا [1] .

وعندهم : محسوب ويريق دماً في الطواف محدثاً إن لم يعد ، وفي الجُنُب يعيد بكل حال فإن لم يعد وأراق دماً لم يبطل الإحتساب [2] .

لنا : حديث طاووس عن ابن عباس أن النبي عليه السلام قال : « الطواف بالبيت صلاة إلاّ أن اللّه تعالى أحلّ فيه النطق ، فمَن ينطق لا ينطق إلاّ بخير » [3] .

---

(١) المهذب : ٢٩٥/١ ، النكت ورقة : ١٠٨/ب ، المجموع : ١٨/٨ ، حلية العلماء : ٢٨٠/٣ ، معالم السنن : ٣٥٨/٢ .

وهو قول مالك والمشهور عن أحمد ..

الإشراف للبغدادي : ٢٢٨/١ ، بداية المجتهد : ٣٤٣/١ ، المغني : ٢٢٣/٥ ، الكافي في فقه أهل المدينة : ٣٦٩/١ .

(٢) الأسرار ، كتاب « المناسك » ص ٣٩٨ .

المبسوط : ٣٨/٤ ، مختلف الرواية ورقة : ٦٤/أ ، بدائع الصنائع : ١١٠٢/٣ ، ١١٠٣ ، ١١٢٤ .

وهو رواية عن الإمام أحمد لكنه قال : « إن كان في مكة فعليه الإعادة وإن خرج إلى بلده جُبِرَ بدمٍ » (المغني : ٢٢٣/٥) .

(٣) قال ابن حجر في الدارية : « اختلف في رفعه ووقفه ، ورواه ابن حبان والطبراني من حديث ابن عباس .. » ا . هـ ، (الدراية : ١٨/٢) .

ورواه الدارمي في سننه مرفوعاً : ٤٤/٢ ، باب « الكلام في الطواف » .. =

وإذا كان صلاة فقد قال صلى الله عليه وسلم : « لا صلاة إلاّ بطهور »[1].

وإن نازعوا وقالوا : إنه ليس بصلاة لا لغة ولا حقيقة ، لأنها في اللغة بمعنى الدعاء ، وفي الحقيقة عبارة عن أفعال معلومة بترتيب مخصوص ، ولا يوجد واحد منهما في الطواف ، فهذا كله إعتراض على الرسول ﷺ ، وعلينا أن نعتقد أن الأمر ما قاله ونص عليه .

يبيِّنه : أن الأفعال المعهودة كانت صلاة بالشرع فليكن الطواف صلاة بالشرع .

ونحتج أيضاً بقوله عليه السلام لعائشة حين حاضت : « فاصنعي ما يصنعه الحاج غير أن لا تطوفي بالبيت »[2] ، فإن هذا نهي ، والنهي يدل على فساد المنهي عنه وإخراجه عن صفة المشروعية على ما ذكرنا من قبل ، ويمكن أن يقال من جهة المعنى إن الطهارة شرط الطواف بدليل أنه لا يحل به[3] أن يطوف محدثاً بالإجماع وإذا طاف محدثاً لزمته الإعادة وكل عبادة كانت الطهارة فيها شرطاً لم يتأدّ بدونها كالصلاة .

= والبيهقي في سننه : ٨٤/٥ ، ٨٥ ، مرفوعاً وموقوفاً ، باب « إقلال الكلام في غير ذكر الله في الطواف » .

قال النووي في المجموع (٨/ ٥٠) : « والصحيح أنه موقوف على ابن عباس لا مرفوع » ا ، هـ .

(١) قال ابن حجر في التلخيص : « لم أر هذا الحديث بهذا اللفظ » .
وقد رواه الترمذي بلفظ : « لا تُقبل صلاة بغير طهور » .
وأصله في صحيح مسلم بلفظ : « لا تُقبل صلاة بغير طهور » .
أنظر تلخيص الحبير : ١٢٩/١ ، صحيح مسلم : ١٠٢/٣ ، مع النووي . سنن الترمذي : ٨/١ مع التحفة .

(٢) رواه البخاري في صحيحه : ٤٠٧/١ مع الفتح ، باب « تقضي الحائض المناسك كلها إلا الطواف بالبيت » .

(٣) كذا في المخطوطة ولعله : « له » .

وأما حُجّتهم :

فقد تعلّقوا بنص الكتاب وهو قوله تعالى : ﴿ وَلْيَطَّوَّفُواْ بِالْبَيْتِ الْعَتِيقِ ﴾ [١] ، والله تعالى أمر بالطواف ولم يأمر بالطهارة ، ولفظ الأمر بالطواف لا يدل عليها بحال ، فتكون الطهارة شرطاً زائداً على كتاب الله تعالى فلا يجوز بالخبر الواحد ولا بالقياس ، وهذا لأن الطواف هو الطواف المحسوس فإذا علّق بشرط زائد شرعاً انعدم ما اقتضاه الطواف المطلق وهذا الطواف محسوساً كالطلاق .... [٢] ينعدم إذا علّق بشرط ، وكذلك العتاق فثبت أن تعليق الطواف بشرط الطهارة يجرى مجرى النسخ ، ولو ثبت لكم شرطاً ثبت بالخبر الواحد والنسخ بالخبر الواحد لا يجوز .

قالوا : وعلى أنَّا نقول إن الخبر الوارد فى الطهارة لتكميل الطواف لا لأصل الجواز ، ونحن هكذا نقول : إن الطواف لا يكمل إلاّ بالطهارة فيحمل الخبر على هذا حتى لا يكون نسخاً وليبقى أصل الجواز مطلقاً كما كان .

قالوا : وأما أمرنا إياه بالإعادة لتدارك الإكمال فإذا رجع إلى أهله قبل أن يتدارك بالطواف جبرناه بالدم ، لأن النقص الداخل فى الحج مما يُجبر بالدم وشواهد هذا كثيرة ، ولأن الأصل أن الثابت بالخبر الواحد ثابت فى حق العمل دون العلم ، فنأمره بالطهارة ابتلاءً عملاً بخبر الواحد ، وكذلك نأمره بالإعادة إذا كان طاف محدثاً عملاً بخبر الواحد ، وأما من حيث العلم فلا نعتقد أن الطواف الأول ليس بطواف ، لأن الخبر الواحد لا يوجب

---

(١) سورة الحج : جزء من آية ٢٩ .

وقد استدل بهذه الآية الدبوسى فى أسراره ، كتاب « المناسك » ص ٤٠٠ .

(٢) كلمة مطموسة فى المخطوط ولعلها : « المطلق » .

العلم فيكون الطواف محدثاً طوافاً فى حق العلم إلاّ أن فى حق العمل جعل كأن الطواف لم يوجد فنأمره بالإعادة ، وعلى هذا يصير الطواف فى حكم الطوافين فى حق العمل وفى حق العلم ، أما فى حق العلم فالطهارة لا تكون شرطاً كسائر أركان الحج وفى حق العمل الطهارة شرط كالصلاة بخلاف سائر الأركان فلم نجز الإعتبار بأصل واحد فى البابين جميعاً وهما بابان مختلفان .

قالوا : وعلى هذا إذا طاف منكوساً يكون محسوباً ، لأن الذى فى كتاب اللّه تعالى هو الأمر بالطواف فحسب ، وليس فى كتاب اللّه تعالى التيامن فيكون الأمر بالتيامن زيادة على كتاب اللّه تعالى فيجرى مجرى النسخ .

قالوا : ويحمل تيامن النبى عليه السلام على بيان التكميل وليس على بيان أصل الجواز فيحمل على هذا حتى لا يؤدى إلى النسخ ، وقد تعلّق بعض مشايخهم بالحدث العمد ، وقالوا : عبادة لا يبطلها الحدث العمد فلا تكون الطهارة من شرطها .

دليله : الوقوف والسعى بين الصفا والمروة .

الجواب :

إن الأمر بالطواف يقتضى إيجاب أصل الطواف فأما صفة الطهارة فى الطواف فليس فى الآية تعرض لها فيجوز إثباتها بالسُنَّة ولا يعد نسخاً ، لأن نسخ الكتاب هو تعبد بالحكم الثابت / بالكتاب والحكم الثابت ٧٣/ب بالكتاب هو وجوب الطواف وما تغيّر ولكن بالسُنَّة وجب معنى زائد على حقيقة الطواف ، فإن قالوا : إن التغيير قد وُجد ، لأن الكتاب قد دلّ على الإجزاء على معنى أنه إذا أتى بما يسمى طوافاً جاز عنه وبضم هذا الشرط إلى الطواف يفوت الإجزاء فيحصل النسخ من هذا الوجه ، ثم قالوا:

إذا ثبت أنه نسخ أو جارٍ مجراه فصارت السُنَّة مبيِّنة لكمال الطواف على ما سبق فيُحمل الخبر على هذا حتى لا يؤدى إلى النسخ .

قال أبو زيد : (فى قوله عليه السلام : « الطواف بالبيت صلاة » ، معناه فى حكم الصلاة لا أنه نفس الصلاة ، وقولنا فى حكم الصلاة مقتضى والمقتضى لا عموم له فصار الخبر مقتضياً كون الطواف صلاة فى حكم ونحن قد أثبتنا ذلك فإن الجواز متعلق بالبيت مثل الصلاة ، وكذلك الإباحة بالطهارة)[1] حتى لا يجوز له أن يطوف مُحْدِثاً أو جُنُباً .

والجواب :

إن الآية لا تدل إلاَّ على الوجوب ، فأما الإجزاء بدليل آخر يدل عليه ، ثم نقول : الإجزاء عند فعل الطواف بمطلق الأمر إنما كان لعدم قيام الدليل على وجوب شرط زائد فإذا قام دليل من السُنَّة على شرط الطهارة فات الإجزاء عند مطلق الطواف من غير أن يتضمن نسخ الآية ، لأن الآية دلّت على وجوب الطواف والوجوب على ما كان من قبل ولم يتغير ولم يتبدل وفوات الإجزاء عند وجود فعل الطواف مع الحَدَث لا يمس الوجوب ، لأن الوجوب يجوز أن يكون باقياً مع إنضمام هذا الشرط إليه ، والجواز ثابت عند وجوده بشرطه غير ثابت عند وجود فعله بدون شرطه فدلّ أن دعواهم النسخ لا يتحقق أصلاً ، وإنما هو ظن وحسبان وقد ذكرنا هذا فى غير هذه المسألة فَمَنْ أراد أيسع من هذا فليرجع إليه .

وأما قولهم : « إن السُنَّة لبيان الكمال » .

قلنا : قد فات الإجزاء كاملاً فاجعلوا هذا نسخاً أيضاً ، والآية وإن كانت اقتضت الإجزاء فقد اقتضت الإجزاء من كل وجه ويقال : اقتضت

---

(١) ما بين القوسين نقلاً من الأسرار ، كتاب « المناسك » ص ٤٠٢ .

الإجزاء أصلاً ووصفاً ، فثبت أن الطريق ليس على ما قلتم لكن السُنَّة مبيِّنة لما يدل عليه الكتاب فيصير كأن اللّه تعالى قال : ﴿ وَلْيَطَّوَّفُواْ بِالْبَيْتِ الْعَتِيقِ ﴾ .... [1] على ما دلت عليه السنة مثل قوله تعالى : ﴿ وَالسَّارِقُ وَالسَّارِقَةُ فَاقْطَعُواْ أَيْدِيَهُمَا ﴾ [2] يعنى على ما دلّت عليه السنة .

وأما قولهم : « إن الكتاب يدل على العلم وخبر الواحد يدل على العمل » .

فليس ما قالوه بشئ ، لأن الكتاب والسُنَّة ما دلا إلاّ على العمل فإن العلم بكون الطواف طوافاً شئ محسوس لا يحتاج إلى كتاب ولا إلى سُنَّة إنما الكتاب والسُنَّة يدلان على الإحتساب وهذا عملى لا علمى فإن معناه الإحتساب بعمله .

وقولهم : « إن المقتضى لا عموم له » .

قلنا : قد بيّنا أن الطواف صلاة شرعاً ، وإن سلّمنا أن معناه أن له حكم الصلاة ، أو معناه أنه مثل الصلاة فلما استثنى الشرع حكماً واحداً وهو الكلام دل أن ما وراءه على العموم وإلا لم يكن لهذا الإستثناء معنى .

وإن تعلقوا بجواز الكلام وترك الإستقبال نقول :

كما كان مثل الصلاة وجب أن لا يخالفها فيما لم تنفك عنه الصلاة بحال والطهارة مما لا ينفك عنها بحال بل الصلاة لا تكون صلاة إلاّ بها ، وهذا بخلاف الكلام وإستقبال القِبْلة فقد كان حلالاً فى أبتداء الإسلام ، كذلك الطواف كان فى معنى ذلك . وأما الإستقبال فقد يجوز تركه فى كثير من المواضع على ما عُرِف .

---

(١) بياض فى المخطوط .

(٢) سورة المائدة : جزء من آية ٣٨ .

أما تعلقهم بالحَدَث العمد فقد قال بعض أصحابنا :

إن الحدث العمد فى خلال الطواف يوجب استئناف الطواف وإن قلنا إنه لا يوجب الإستئناف فلأن البناء ممكن وهو أن يبنى على ما بقى من الطواف على ما مضى ، لأن الواجب طواف بعدد معلوم فأمكن البناء ليتم العدد ، فأما فى الصلاة فقد عقد تحريمة تشتمل على أفعال ، وبالحَدَث العمد يبطل عقد التحريمة فلا يتصور البناء على ما سبق فوجب الإستئناف . والله أعلم .

* * *

(مسألة)

السعى بين الصفا والمروة ركن عندنا [١] .

وعندهم : ليس بركن [٢] .

لنا : حديث حبيبة [٣] بنت تَجَراة [٤] أن النبى عليه السلام قال : « أيها الناس ، إن اللّه تعالى كتب عليكم السعى فاسعوا » [٥] وهذا نص .

---

(١) المهذب : ٢٩٩/١ ، النكت ورقة : ١١٠/ب ، النووى على مسلم : ٢٠/٩ ، المجموع : ٦٨/٨ ، حلية العلماء : ٢٨٨/٣ .

وهو قول مالك ، وأحمد فى أصح الروايتين عنه ، وهو قول عائشة وعروة ، الإشراف للبغدادى : ٢٢٩/١ ، الكافى فى فقه أهل المدينة : ٣٧٠/١ ، المدونة : ٤٠٩/١ ، المغنى : ٢٣٨/٥ ، التعليقة لأبى يعلى ورقة : ١٠٠/أ ، وروى عن الإمام أحمد أنه مستحب وليس بواجب (المغنى : ٢٣٩/٥) .

(٢) الأسرار ، كتاب « المناسك » ص٤١٠ ، أحكام القرآن للجصاص : ٩٦/١ ، مختصر القدورى : ٢٢٢/١ ، بدائع الصنائع : ١١١٢/٣ ، المبسوط : ٥٠/٤ ، مختلف الرواية ورقة : ٦٤/أ .

(٣) « حبيبة بنت أبى تجراة العبدرية ثم الشيبية روى حديثها الشافعى عن عبد اللّه ابن المؤمل وابن سعد عن معاذ بن هانئ ، ومحمد بن سنجر عن أبى نعيم وابن أبى خيثمة عن شريح بن النعمان كلهم عن ابن المؤمل » ا.هـ .

ثم أورد حديث الباب ، وقد اختلف فى صحبتها . انظر : الإصابة فى أسماء الصحابة : ٢٦٠/٤ .

(٤) كذا فى المخطوط وفى الدارقطنى وغيره : « أبى تجراة » .

(٥) رواه الدارقطنى فى سننه : ٢٥٥/٢

=

ثم نقول : إن اللّه تعالى أمر بالحج ، وقد أخبر النبى عليه السلام أن اللّه تعالى كتب علينا السعى فصار من جملة الحج الذى أمر اللّه به وإذا صار من جملة الحج لم يخرج من الأمر بالحج بدونه ، وهذا لأن الأمر بالحج لا يتأدى إلاّ فعل الحج فكل ما كان فعلاً من أفعال الحج سواء ثبت ذلك بالكتاب أو السُنَّة لم يتأدّ الحج بدونه وهذا كالأفعال الواجبة فى الصلاة لا تتأدى الصلاة بدونها .

يبيِّنه : أن السعى طواف مأمور به ليكون شعيرة من شعائر اللّه تعالى فيكون واجباً .

٧٤/أ دليله / الطواف بالبيت .

والدليل على أنه من شعائر اللّه تعالى قوله تعالى : ﴿ إِنَّ الصَّفَا وَالْمَرْوَةَ مِن شَعَائِرِ اللَّهِ ﴾ (١) وشعائر اللّه تعالى أعلام الدين فلا بد من تعلق فرض بهذه البقعة لا بد من فعله ليكون من شعائر اللّه ، لأنَّا إذا قلنا : إنه يجوز الحج بدونه لا يكون من شعائر اللّه ، وهذا لأن شعائر اللّه ما إذا أوصل إليه ظهر له علم من أعلام الدين فإذا لم يكن المشروع فرضاً وأطلق تركه إلى دم أو غير دم لم يتبين كونه علماً للدين وشعيرة من شعائر اللّه تعالى .

= والإمام أحمد فى المسند : ٢٢١/٦ ، ٢٢٢ .

والحاكم فى المستدرك : ٧٠/٤ .

والبيهقى فى سننه : ٩٨/٥ ، باب « وجوب الطواف بين الصفا والمروة » .

وأبو نعيم فى الحلية : ١٥٩/٩ .

وصححه الألبانى فى الإرواء : ٢٦٩/٤ .

(١) سورة البقرة : جزء من آية ١٥٨ .

وأما حُجَّتهم :

قالوا : الحج واجب بدليل مقطوع به للعلم والعمل فكل ما كان من الحج ولم يكن الحج حجاً إلاّ به فلا بد من وجوبه بمثله يستقيم وجوب الحج بدليل موجب للعلم على ما دل عليه الدليل من الكتاب ، فعلى هذا لا يجوز أن يجب السعى لا بخبر الواحد ولا بالقياس بل يجوز أن يتعلق كمال الحج بدليل من السُنَّة فأما أصل الحج فلا يجوز إثباته إلاّ بدليل يوافق الكتاب فى إفادة العلم وذلك أن يكون دليلاً مقطوعاً به .

قالوا : ولأن السعى فعل يؤتى به خارج الإحرام فلا يكون ركناً كالرمى .

وبيانه : أنه يحل الإحلال الأول بالحلق والثانى بالطواف ثم يسعى ويستحيل أن يكون السعى عملاً من أعمال الحج فلا يتم بدونه ثم يجوز أن يؤتى به خارج الإحرام .

قالوا : ولأنه تبع للطواف بدليل أنه لا يجوز أن يؤتى به إلاّ عقيبه وهذا دليل التبعية حيث لم يستقل بنفسه بحال فلم يكن ركناً .

دليله : الوقوف بالمزدلفة مع الوقوف بعرفة .

يدل عليه : أنَّا إذا جعلناه ركناً وهو تبع للطواف لم يصح الطواف إلاّ به ولا يجوز أن تقف صحة المتبوع على صحة التبع .

قالوا : ولأن السعى ليس له وقت على إنفراده بل يكون وقت الطواف وقتاً له ، والأصل أن الركن فى الحج له وقت ينفرد به .

دليله : الوقوف والطواف وحين لم يكن وقت ينفرد به لم يكن ركناً (١) .

---

(١) انظر : الأسرار ، كتاب « المناسك » ص ٤١٣ - ٤١٤ .

الجواب :

أما قولهم : « إن الحج وجب بدليل مقطوع به » .

قلنا : مسلّم ، لأنه وجب بالكتاب والسُنَّة ، ولا شك أن ذلك دليل مقطوع به لتواتره فيوجب العلم والعمل .

فأما قولهم : « إن كل فعل كان من الحج لم يتم الحج إلاّ به يجب أن يكون وجوبه بمثل هذا الدليل » .

قلنا : ليس كذلك ، لأن وجوب الحج بالكتاب لم يكن ، لأنه لا يجوز وجوبه إلاّ بالكتاب بل كان يجوز وجوبه بالخبر وإن كان واحداً ، لأنه واجب عملى ، وأجمعنا على أن خبر الواحد يوجب العمل إلاّ أنه كذلك وقع الإتفاق الشرعى بأن اللّه تعالى أوجبه بالكتاب ، وإذا كان الأمر على ما ذكرنا جاز وجوب فعل من أفعاله بدليل عملى لا يوجب العلم وألحق بسائر الأفعال فى الركنية عملاً لا علماً وهو كالوتر على أصلكم ألحق بسائر الصلوات عملاً لا علماً ، وهذا لأن الدليل يفيد الحكم بقدر مرتبته فإذا كان خبر الواحد يفيد الوجوب عملاً ، ويجوز أن يكون هذا الفعل ركناً للحج عملاً صار ركناً عملياً من جهة أركان الحج ، وسائر الأركان صارت أركاناً للحج علماً وعملاً وهو مثل واجبات الدين فبعضها واجبات الدين عملاً وعلماً وبعضها واجب عملاً لا علماً ، كذلك ههنا .

وأما الذى قالوا : « إن السعى يفعل خارج الإحرام جملة » .

قلنا : هذا يلزمكم كما يلزمنا ، لأنكم تعترفون بوجوبه إن لم تعترفوا بركنيته واللزوم فى الواجب صحيح مثل ما هو فى الركن ، وعلى أنَّا نقول : إن الإحرام بمنزلة الباقى حكماً فى حق السعى مثل ما يجعل بمنزلة الباقى حكماً فى الرمى وطواف الصدر .

وأما قولهم : « إن السعى تبع للطواف » .

قلنا : لا نسلِّم ذلك ، بدليل أنه يجوز فعله عقيب طواف القدوم وطواف القدوم سُنَّة ، والواجب لا يتبع السُنَّة إلاّ أن الشرع وَرَدَ بنوع ترتيب مثل ما رتب الركوع على القيام والسجود على الركوع وإن لم يكن واحد منهما تبعاً لصاحبه .

وأما قولهم : « إنه غير مؤقت » .

قلنا : هذا حدّ تنفردون به ولا نوافقكم عليه ، ولأنه إذا جاز أن يكون غير واجب ويكون مؤقتاً يجوز أن يكون أيضاً واجباً ولا يكون مؤقتاً ، والكلام ليس له غور ، وفيما ذكرنا كفاية ، واللّه أعلم .

* * *

(مسألة)

إذا جامع المحرم امرأته بعد الوقوف بعرفة فسد حجه عندنا (*) ، كما يفسد إذا جامع قبل الوقوف بعرفة ، وعليه بُدْنة (١) .

وعندهم : يفسد قبل الوقوف وعليه شاة ولا يفسد بعد الوقوف وعليه بُدْنة (٢) .

لنا :

إن الوطء مفسد للإحرام بالإجماع ، الإحرام بتمامه وكمال قائم بعد الوقوف فإذا وجد العامل فى الإفساد فى محل العمل وجب أن يعمل ويفسد حجه .

دليله : إذا كان قبل الوقوف ويستشهد على هذا بالحسيّات ، فإن السيف إذا كان عاملاً فى القطع والنار فى الإحراق فإذا وجدا فى محل العمل عَمِلا ، كذلك ههنا .

(*) « أجمع الفقهاء على أن المحرم إذا وطء فى القُبُل عامداً عالماً بتحريمه قبل الوقوف بعرفة فسد حجه » نقل ذلك النووى فى المجموع : ٣٥٩/٧ .

وإنما الخلاف فيمن وطء بعد عرفة وقبل طواف الإفاضة وهى المسألة التى سيتكلم عليها المؤلف .

(١) وهو قول المالكية والحنابلة .

انظر : المجموع : ٣٥٩/٧ ، روضة الطالبين : ١٣٨/٣ ، ١٣٩ ، النكت ورقة : ١٠٨/ب ، الإشراف للبغدادى : ٢٣٤/١ ، الكافى فى فقه أهل المدينة : ٣٩٦/١، المغنى : ١٦٧/٥ ، الإفصاح : ٢٨٧/١ ، ٢٨٨ .

(٢) الأسرار ، كتاب « المناسك » ص ١٩٢ ، مختلف الرواية ورقة : ٦٥/ب ، المبسوط : ١١٨/٤ ، ١١٩ ، بدائع الصنائع : ١٢٩٩/٣ .

/ وأما حُجَّتهم : ٧٤/ب

تعلقوا بما روى عن ابن عباس رضى الله عنهما مثل مذهبهم فى الصورتين جميعاً على حسب ما قالوا [١] ، ولا مخالف له فوجب تقليده ، ولأنه بالوقوف أمن حجه من الفوات فوجب أن يأمن من الفساد .

دليله : إذا وقف ورمى ، قالوا : وبفصل ما بعد الرمى يبطل قولكم إن الإحرام قائم أيضاً بعد الرمى ومع ذلك لا يفسد حجه .

فإن قلتم : « إن الإحرام ليس على تمامه » .

قلنا : ليس كذلك ، بل هو على تمامه بدليل بقاء المحظورات عليه إلى أن يحلق ، وعلى أنه إذا كان الإحرام ضعف بالرمى فيكون الحكم بفساده أولى ، لأنه إذا فسد الإحرام مع قوته وتمامه بالوطء فلأن يفسد عند ضعفه وإختلاله أولى .

وأما أبو زيد [٢] قال : أفعال الحج ينفصل بعضها عن البعض مكاناً وزماناً فلا يتأدى فساد بعضه إلى الباقى كالصلوات المختلفة بل هذا أولى ، لأن الصلاة والصلاة تختلف زماناً ولا تختلف مكاناً ، وهذه الأفعال تختلف

---

(١) ذكره الدبوسى فى الأسرار استدلالاً به ولفظه فيه : « إذا جامع قبل الوقوف أن حجه يفسد وعليه شاة ، وإن جامع بعد الوقوف فعليه جزور وحجته تامة » .

وذكره السمرقندى فى مختلف الرواية بهذا اللفظ .

انظر : الأسرار ، كتاب « المناسك » ص ١٩٣ ، مختلف الرواية ورقة : ٦٨/أ ، وقد روى هذا الأثر محمد بن الحسن فى الموطأ ولفظه : « أنه سئل عن رجل وقع على امرأته قبل أن يفيض فأمره أن ينحر بُدْنة » اهـ (الموطأ ص ٢٢٣) .

(٢) قاله فى الأسرار فى مسألة إذا جامع المحرم بعد الوقوف بعرفة ، كتاب « المناسك » ص ١٩٢ - ١٩٥ .

زماناً ومكاناً ثم هناك لا يتعدى الفساد من البعض إلى البعض فههنا أولى ، وإذا ثبت هذا فنقول : إذا جامع قبل الوقوف فقد فسد إحرامه ، والإحرام شرط لأداء الأفعال وإذا فسد قبل أداء شئ من الأفعال لم يجز أداء شئ من الأفعال بإحرام فاسد ففسد الحج بلا إشكال ، فأما إذا جامع بعد الوقوف ، فالوقوف قد صح بإحرام صحيح فإذا جامع فسد إحرامه وفسد الطواف وقد بيّنا أنه لا يتعدى الفساد من فعل إلى فعل فبقى الوقوف على الصحة وفسد الطواف فصحة الوقوف توجب صحة الحج وفساد الطواف يوجب فساد الحج فقد تعارض الموجب للصحة والموجب للفساد فلا بد من الترجيح ، والترجيح للوقوف على الطواف بدليل قوله عليه السلام : « الحج عرفة فَمَنْ وقف بعرفة فقد تم حجه » [(١)] ولأنه يؤتى به فى إحرام كامل .

وأما الطواف يؤتى به وقد حصل بعض التحلل فيكون الوقوف فى حصول الحج به فوق الطواف ، ألا ترى أنه أبيح بعض التحلل بعد وجوده قبل وجود الطواف ولا يباح شئ من التحلل قبل وجوده ، وإذا ثبت أن

---

(١) رواه أبو داود فى سننه : ٤٨٦/٢ مع المعالم ، باب « مَنْ لم يدرك عرفة » .
وابن ماجه فى سننه : ١٠٠٣/٢ ، باب « مَنْ أتى عرفة قبل الفجر ليلة جمع » .
والدارمى فى سننه : ٥٩/٢ ، باب « ما يتم به الحج » .
والطحاوى فى شرح معانى الآثار : ٢٠٩/٢ .
وأحمد فى المسند : ٣٠٩/٤ ، ٣١٠ .
والبيهقى فى سننه : ١١٦/٥ ، باب « الوقوف لإدراك الحج » .
والحاكم فى المستدرك : ٤٦٤/١ .
والنسائى فى سننه : ٢٠٦/٥ .
والدارقطنى فى سننه : ٢٤١/٢ .

جانبه أرجح قلنا إنه يبقى حجه على الصحة لصحته ولا يفسد بفساد الطواف ثم إذا لم يفسد وجبت بدْنة لتغليظ الوطء وزيادته فى التحريم على سائر المحظورات وقبل الوقوف لما فسد فقد وجب القضاء فسقطت البدْنة ووجبت شاة لتقديم الوطء على وقته الذى أُحلّ فيه .

الجواب :

أما أثر ابن عباس فلا تُعرف صحته وإن ثبت فلا يُترك القياس به .

وأما قولهم : « إنه حج وقع الأمن عن فواته فيقع الأمن عن فساده » .

قلنا : ولِمَ ؟ ثم يجوز أن يفسد ما لا يفوت .

دليله : العُمرة ، وهذا لأن الطواف غير مؤقت فلا يفوت وإذا لم يفت فلو فات الحج فات بفواته فإذا لم يفت هو لم يفت الحج ، وأما الوقوف مؤقت بوقت مخصوص فيفوت بمضى الوقت من غير وقوف فيفوت الحج بفواته فافترقا لهذا المعنى .

وأما الفساد فإنما كان للجناية على الإحرام بفعل الوطء وهو موجود سواء أكان قبل الوقوف أو بعد الوقوف .

وأما قياسهم على ما بعد الرمى .

قلنا : الإحرام قد وقع التحلل عن الإحرام عندنا بالرمى ، ولهذا المعنى أبيح له الحلق ولم يكن مباحاً من قبل وإذا وقع به التحلل لم يبق إحراماً تاماً ومحل العمل إحرام تام .

قلنا : هذا دعوى ، وجب أن يبطل الإحرام سواء أكان تاماً أو لم يكن تاماً على ما سبق .

قلنا : الإحرام إذا وقع عنه التحلل من وجه ضعف وإذا ضعف فى نفسه

ضعفت الحرمة المتعلقة به فلم تكمل الجناية بارتكابه بل خفت وإذا خفت لم يعمل فى إفساد الإحرام .

أما فى مسألتنا فالإحرام على تمامه وكماله فكملت أيضاً حرمة الوطء وإذا كملت حرمة الوطء عظمت الجناية بارتكابه فأفسد الحج كما يفسد قبل الوقوف .

وأما طريقة أبى زيد : فليست بشئ ، لأن أفعال الحج وإن انفصل بعضها عن البعض مكاناً وزماناً ولكن عند الحج جمع الكل فيتعدى الفساد من البعض إلى البعض ، وتحقيق هذا هو أن هذه الأفعال ليست بعبادات بأنفسها وإنما صارت عبادات لأنها أفعال الحج ، ألا ترى أنه لو وقف أو سعى أو رمى لا فى الحج لا يكون فعله شيئاً . فثبت أن هذه الأفعال إنما صارت عبادة لأجل أنها من الحج وإذا كانت صحتها عبادة لأجل أنها من الحج فيكون عند الحج جامعاً للكل وتصير جميع الأحوال كأنها شئ واحد فى العبادة فيتعدى الفساد من البعض إلى البعض كما يتعدى فى الصلاة والتعدى قد يكون فى فعل لاحق وقد يكون فى فعل سابق ففسد الوقوف والطواف جميعاً / ففسد حجه . ٧٥/أ

وأما ما قالوا : من الترجيح .

فَهَوَسٌ ، لأنهم إذا سلّموا فساد الطواف بفساد الإحرام لأجل الوطء لا يمكن القول بعد ذلك بصحة الحج .

لأن الحج لا يتأدى بطواف فاسد ، وإن قالوا : يفسد الإحرام بالوطء فقد منعوا عمل الوطء مع كونه عاملاً فى الإفساد ومع وجود محل العمل وهذا لا يجوز ، والله تعالى أعلم بالصواب .

* * *

(مسألة)

صيد الحرم والإحرام مضمون بالمثل خلقة من النَّعَم فتجب فى النعامة (بدنة) [١] ، وفى الضبع كبش ، وفى حمار الوحش بقرة ، وفى الظبى شاة [٢] .

وعندهم : يكون مضموناً بالقيمة [٣] .

ثم فى المذهب تفاصيل فى الجانبين ، فعندنا يجوز أن يدع المثل ويتصدق بلحمه ، ويجوز أن يقوّمه ويشترى بالقيمة طعاماً فيتصدق على كل مسكين بمدٍّ أو يصوم مكان كل مدّ يوماً [٤] ، والخيار إلى الحكمين[٥] .

---

(١) زيادة من المحقق يقتضيها النص .

(٢) المهذب : ٢٨٩/١ ، المجموع : ٢٦٦/٧ ، الأم : ١٦٥/٢ .

وهو قول مالك وأحمد فى أصح الروايتين عنه إلا أن مالكاً قال : « يقوّم الصيد ولا يقوّم المثل » ، الكافى : ٣٩٣/١ ، ٣٩٥ ، المغنى : ٤٠٢/٥ ، الإنصاف : ٥٣٦/٣ .

(٣) الأسرار ، كتاب « المناسك » ص٣٢٢ ، المبسوط :٨٢/٤ ، بدائع الصنائع : ١٢٥٩/٣ ، مختلف الرواية ورقة : ٦٠/أ .

(٤) المجموع : ٣٧٨/٧ ، المهذب : ٢٩٠/١ ، وهو قول الحنابلة والمالكية ، المغنى : ٤١٥/٥ ، الكافى فى فقه أهل المدينة : ٣٩٥/١ .

(٥) المهذب : ٢٩٠/١ ، وهو قول المالكية ومحمد بن الحسن من الحنفية واختيار الطحاوى ، الكافى فى فقه أهل المدينة : ٣٩٥/١ .

الأسرار ، كتاب « المناسك » ص ٣٣٠ ، مختصر الطحاوى ص ٧١ ، المبسوط : ٨٤/٤ .

وعندهم : يصرف القيمة إلى الهَدْى من النَّعَم إن شاء وإن شاء صرفه إلى الطعام ويُطعم كل مسكين نصف صاع فإن شاء صام مكان كل نصف صاع يوماً [(١)] ، والخيار عندهم إلى مَنْ عليه [(٢)] ، قالوا : وإن تصدق بالقيمة يجوز أيضاً .

لنا :

قوله تعالى : ﴿ وَمَن قَتَلَهُ مِنكُم مُّتَعَمِّداً فَجَزَاءٌ مِّثْلُ مَا قَتَلَ مِنَ النَّعَمِ ﴾ [(٣)] ، فيجب مثل المقتول من النَّعَم بنص الكتاب [(٤)] .

وعندهم : تجب قيمة المقتول [(٥)] وهو خلاف القرآن .

ويدل عليه : إجماع الصحابة ، روى عن عمر [(٦)] ، وعثمان [(٧)] ، وعلىّ [(٨)] ،

---

(١) المبسوط : ٨٤/٤ ، ٨٥ ، مختصر الطحاوى ص ٧١ ، أحكام القرآن للخصاص : ٤٥٧/٢ ، بدائع الصنائع : ١٢٥٨/٣ .

وهو رواية عن الإمام أحمد ، المغنى : ٤١٧/٥ .

(٢) المبسوط : ٨٣/٤ ، الأسرار ، كتاب « المناسك » ص ٣٣٠ ، مختصر الطحاوى ص ٧١ .

(٣) سورة المائدة : جزء من آية ٩٥ .

(٤) المهذب : ٢٨٩/١ .

(٥) الأسرار ، كتاب « المناسك » ص ٣٢٢ ، المبسوط : ٨٢/٤ .

(٦) رواه البيهقى فى سننه : ١٨٣/٥ ، وقال : والصحيح أنه موقوف على عمر رضى الله عنه ، وقال ابن حجر فى تلخيص الحبير (٢٨١/٢) : « رواه مالك والشافعى بسند صحيح عن عمر » .

وعبد الرزاق فى مصنفه : ٣٩٩/٤ ، ٤٠١ ، ٤٠٥ ، ٤٠٨ ، ٤١٤ .

(٧) رواه عبد الرزاق فى مصنفه : ٣٩٩/٤ .

(٨) رواه عبد الرزاق فى مصنفه : ٣٩٩/٤ ، ٤٠٦ .

وزيد [1] ، وابن عباس [2] ، وابن عمر ، وابن الزبير ، ومعاوية أنهم قالوا: فى النعامة بدنة ، وفى حمار الوحش بقرة ، وفى الضبع كبش ، وفى الظبى شاة ، وفى الغزال عنز ، وفى الأرنب عناق ، وفى اليربوع جفرة، وفى الحمامة شاة ، وهذا الإجماع فى نهاية الحُجَّة ولم يرو عن أحد من الصحابة خلاف ذلك [3] .

وإن قالوا : إنه كان بطريق القيمة فهذا محال ، لأن تقويم هذه الحيوانات بهذه الحيوانات باطل بل نقطع بوجود التفاوت قيمة .

يدل عليه : أنهم أوجبوا هذه الحيوانات من النَّعَم فى مقابلة هذه الحيوانات من الصيود ، والقيم دراهم ودنانير فكيف يستقيم تقويم الحيوان بالحيوان ؟

وإن قالوا : اعتبروا المعادلة قيمة ، فلا معادلة بين قيمة البدنة وقيمة النعامة ، وكذلك فى حمار الوحش والبقر والضبع والكبش والظبى والشاة فلا مطمع لهم فى تأويل الآية وتأويل أقوال الصحابة بحال ، ويقال أيضاً : واجب باسم الكفَّارة فلا يرجع فيها إلى التقويم .

دليله : سائر الكفَّارات .

يدل عليه : أن حق اللّه تعالى متعلق بهذه الواجبات فيكون لزومها بالتوقيف المحض ، وهذا لأن اللّه تعالى خلق هذه الحيوانات على خلق مختلفة وصور متفاوتة ، وقد تعلق حق اللّه تعالى بها إذا كانت فى الحرم ،

---

(١) رواه عبد الرزاق فى مصنفه : ٣٩٩/٤ .

(٢) رواه عبد الرزاق فى مصنفه : ٤٠٣/٤ .

(٣) ونقل الإجماع على ذلك ابن قدامة فى المغنى : ٤٠٢/٥ .

وكذلك فى حال الإحرام ، فإذا أمكن قضاء حق الله تعالى بنوع من المماثلة بين النَّعَم وهذه الصيود فلا يجوز تركه ووجب اعتباره ، وإذا رجعنا إلى القيمة مع إمكان اعتبار المماثلة صورة بين النَّعَم والصيود ولم نعتبرها فقد ضيّعنا حق الله تعالى من هذه الجملة وهذا لا يجوز .

وأما حُجَّتهم :

تعلَّقوا بالقياس المحض ، وقالوا : حيوان مضمون فيكون مضموناً بالقيمة .

دليله : الحيوانات المملوكة .

يبيِّنه : أن الصيود لا مثل لها ، والنَّعَم لا مثل له ، بدليل أنه لا تضمن الصيود بالصيود ولا النَّعَم بالنَّعَم فإذا حُكِم بعدم المثل فى الجنس الواحد فلئن يُحكم بعدم المثل فى الجنسين المختلفين وهو الصيود والنَّعَم أولى .

قالوا : فإن قلتم : يوجد نوع مماثلة فإن ذلك غير معتبر ، لأنَّا إن اعتبرنا نوع مماثلة فيوجد ذلك بين كل شيئين فى العالم فدلَّ أن المماثلة حقيقة هى أن يكون ذاتاً ومعنىً وصفةً .

قد قالوا : إذا اعتبرنا القيمة فقد اعتبرنا المماثلة معنى .

وأما إذا أعرضتم عن القيمة واعتبرتم المماثلة حقيقة وهى لا توجد فلا مماثلة ولا معنى ولا صورة فصار ما قلتم إعراضاً عن المماثلة من كل وجه وما قلناه إعراض عن المماثلة من وجهٍ واعتبار لها من وجهٍ فكان أولى .

وتعلَّقوا بالحيوانات التى لا مثل لها مثل العصافير والقنابر وغيرها فإنه تجب القيمة فيها ، كذلك فى الحيوانات التى لها مثل وجب أن تجب القيمة أيضاً .

وقالوا فى الآية : إن معنى المثل هو القيمة ، وهو مثل معنى وإن لم يكن مثلاً صورةً .

قالوا : وقد تم معنى الآية بقوله : ﴿ فَجَزَاءٌ مِّثْلَ مَا قَتَلَ مِنَ النَّعَمِ يَحْكُمُ بِهِ ذَوَا[1] عَدْلٍ مِّنكُمْ ﴾[2] وقوله : ﴿ مِنَ النَّعَمِ يَحْكُمُ بِهِ ذَوَا عَدْلٍ ﴾ ابتداء ومعناه أنه يُحكم به عند اختيار مَنْ عليه الجزاء ، وذلك بأن يشترى بالقيمة من النَّعَم فيكون ذلك كفَّارة له أو يصرف إلى الطعام فيكون كفَّارة أو إلى الصيام فيكون كفَّارة ، وعلى القيمة أوَّلوا أقوال الصحابة على معنى أن القيمة الواجبة كانت مصروفة إلى هذه الأجزية .

/ الجواب : ٧٥/ب

إن جميع ما قالوه محض قياس ، والكتاب وإجماع الصحابة مقدَّمان عليه ، وقد بيَّنا وجوه ذلك ولا مطمع فى التأويل ، لأن قوله تعالى : ﴿ فَجَزَاءٌ مِّثْلُ مَا قَتَلَ مِنَ النَّعَمِ ﴾[2] ، يأتى التأويل بالتقويم ، لأن التقويم بالنَّعَم محال بالدنانير والدراهم .

وقولهم : « ان القيمة تكون مصروفة إلى النَّعَم » .

يقال أولاً : هذا ليس بشئ حتم على أصلكم ، فإن عندكم لو تصدَّق بالدراهم والدنانير التى هى القيمة جاز .

وأما عندنا فوجوب المثل حتم ، وقد دلَّت الآية على الحتمية ، لأن تقدير الآية فعل جزاء مثل ما قتل من النَّعَم ، ولأن عندكم يدخل النَّعَم فى هذا الجزاء عند اختيار مَنْ عليه ذلك وصرف القيمة إليه وهذه زيادات لا يدل عليها ظاهر الآية بوجهٍ ما .

وأما تأويل إجماع الصحابة فقد بيَّنا فساده .

---

(١) فى المخطوط : « ذوى » ، وهو خطأ .

(٢) سورة المائدة : جزء من آية ٩٥ .

وأما الذى قالوه واعتقدوه من كون القيمة مثلاً معنىً ، فالقيمة لا تكون مثلاً بحال ، وذوات الأمثال مختلفان وذوات القيم لا تكون مثله بحال .

وأما قولهم : « إن المماثلة خِلْقة وصورة لم توجد » .

قلنا : توجد ببعض الوجوه ولم توجد من كل الوجوه ، وقد بيَّنا أن على الوجه الذى يوجد لا يجوز تعطيله . واللّه تعالى أعلم بالصواب .

* * *

(مسألة)

إذا دلَّ المُحْرِم مُحرِماً آخر أو حلالاً على صيد فقتله المدلول لم يجب الجزاء على الدَّال عندنا [(١)] .

وعندهم : يجب [(٢)] .

لنا :

ما روى عن ابن عمر مثل مذهبنا [(٣)] ، ولأن اللّه تعالى علّق الجزاء بفعل القتل بقوله تعالى : ﴿ وَمَن قَتَلَهُ مِنكُم مُّتَعَمِّداً فَجَزَاءٌ مِّثْلُ مَا قَتَلَ مِنَ النَّعَمِ ﴾ [(٤)] .

---

(١) الأم : ١٧٦/٢ ، مختصر المزنى مع الأم : ١١١/٢ ، النكت ورقة : ١١٥/أ ، حلية العلماء : ٢٥٣/٣ ، المجموع : ٢٧٤/٧ ، ٣٠٤ ، مغنى المحتاج : ٥٢٤/١ ، روضة الطالبين : ٣/ ١٤٩ .

(٢) الحجة : ١٧٥/٢ ، الأسرار ، كتاب « المناسك » ص ٢٦٦ ، المبسوط : ٧٩/٤ وقال : « استحساناً ، والقياس لا جزاء على الدال » . بدائع الصنائع : ١٢٧٠/٣ .

وهو قول الحنابلة . انظر : التعليقة لأبى يعلى ورقة : ١٦١/ب ، المغنى : ١٣٣/٥، ١٨١ .

وهو المشهور عند المالكية أيضاً ، ويروى ابن المواز عن أشهب « إن دل المحرم حراماً أو حلالاً على صيد فقتله فعلى كل واحد منهما الجزاء » اهـ ، المنتقى : ٢٤١/٢ ، الكافى فى فقه أهل المدينة : ٣٩١/١ ، الإشراف للبغدادى : ١/ ٢٤٠ ، القوانين الفقهية ص ١٥٨ .

(٣) رواه الشافعى فى الأم : ١٧٥/٢ .

(٤) سورة المائدة : جزء من آية ٩٥ .

والدلالة ليست بقتل ، والأولى أن يقال : علّق الجزاء والإصطياد والدلالة ليست بقتل ولا هو اصطياد .

ودليل تحريم الإصطياد فى ضمن قوله تعالى : ﴿ لاَ تَقْتُلُواْ الصَّيْدَ وَأَنتُمْ حُرُمٌ ﴾ (١) .

يبيِّنه : أن اللّه تعالى قال : ﴿ وحُرِّمَ عَلَيْكُمْ صَيْدُ البَرِّ مَا دُمْتُمْ حُرُماً ﴾ (٢) أى اصطياد صيد البر .

والدليل على أنه ليس باصطياد أن الصيد لا يكون له بل يكون للمدلول.

ونقول أيضاً : دلالة على إتلاف محل مضمون فلا يكون سبباً لضمان المحل .

دليله : إذا دلّ على قتل مسلم فإنه لا ينبنى عليه سوى الإثم .

يدل عليه : أن نهاية ما فى الباب أنه سبب لقتل الصيد والقاتل باشر القتل باختياره فتقطع حكم الدلالة التى هى سبب ، مثل ما لو حفر بئراً فجاء إنسان وردى فيه إنساناً فإنه لا ضمان على الحافر وإنما يجب على المردى .

فثبت أن المباشرة تقطع حكم السبب وإذا انقطع حكم السبب التحق بالعدم فلم يجب به شئ ، والتحرير واجب باسم الكفَّارة فلا تجب بالدلالة .

دليله : كفَّارة القتل وتأثيره ما سبق .

وأما حُجَّتهم :

رووا عن ابن عباس : « أنه أوجب على الدّال الجزاء » (٣) .

---

(١) سورة المائدة : جزء من آية ٩٥ .
(٢) سورة المائدة : جزء من آية ٩٦ .
(٣) ذكره محمد بن الحسن فى كتاب « الحجة » بدون إسناد : ٢/١٧٥ .

قالوا : وعن عمر مثله ، وكان شاور فيه عبد الرحمن بن عوف [١] .

أما المعنى :

قالوا : الدلالة على الصيد من محظورات الإحرام [٢] فيكون سبباً لوجوب الكفَّارة فى الجملة .

دليله : الأخذ .

دليله : سائر المحظورات ، والدليل على أنها من محظورات الإحرام ، أن الدلالة محرَّمة عليه بالإجماع وقد صارت محرَّمة بالإحرام بدليل أنه إذا حَلّ زالت الحُرْمة .

ودليل الحُرْمة أيضاً أن الدّال لا يجوز له الأكل من الصيد ، وصورته مُحْرِم دلّ حلالاً على قتل صيد فقتله حرم على الدّال أكله ، فعرفنا أن الدلالة من محظورات الإحرام فصارت سبباً لوجوب الجزاء ، وهذا لأن الكفَّارة وجبت بجناية على إحرامه بارتكاب محظوره ، وقد وُجِدَ هذا فى مسألتنا فوجب الجزاء .

وأما تحقيقهم فى المسألة :

قالوا : تحريم القتل والإصطياد معلول بإزالة أمن ثبت للصيد بالإحرام ، والدلالة فى إزالة الأمن عن الصيد بمنزلة الرمى والأخذ ، لأن أمنه عن الصائد فى حالته تلك بتواريه عن عين الصائد ، ألا ترى أنه لا يبقى آمناً

---

(١) ذكره محمد بن الحسن فى كتاب « الحجة » : ١٧٦/٢ ، ١٧٧ .
رواه البيهقى فى سننه : ١٨١/٥ ، ٢٠٤ ، مع اختلاف فى اللفظ .
وقد استدل بهذين الأثرين الدبوسى فى أسراره ، كتاب « المناسك » ص ٢٦٧ .
(٢) انظر : الأسرار ، كتاب « المناسك » ص ٢٧١ .

فى تلك الحال بعد علمه [(١)] به ، وإنما يكتسب أمناً آخر بفوته والفرار الذى يحدثه .

يبيِّنه : أن الخلاف فى الطير والفرخ والبيض واحد ، ولا يأمن البيض عن الصائد بعد علمه به ، فثبت أن الأمر يزول بالدلالة وإذا كان وجوب الجزاء معلولاً بإزالة الأمن وقد زال ذلك بالدلالة فوجب بها الضمان ، وشبَّهوا هذا بالمودع إذا دلّ السارق على سرقة الوديعة حين سرقها يجب عليه الضمان ، وكذلك إذا ترك الحفظ صار جناية فى حقه على الخصوص ، كذلك المُحْرِم قد التزم هذا الأمر ، وإذا تركه صار جناية فى حقه على الخصوص .

قالوا : ولا يلزم إذا دلّ على الصيد فلم يأخذه المدلول حيث لا يجب عليه شئ بنفس الدلالة ، لأنه إذا لم يأخذه المدلول عاد الأمن إلى الصيد فصار كما لو أخذ الصيد ثم أرسله سقط عنه الضمان لما ذكرنا .

٧٦/أ قالوا : وأما إذا دلّ / عليه ثم رجع عن الدلالة ونهاه عن أخذه لا يبرأ عن الضمان لأن زوال الأمن كان بعلم الصائد بمكانه وذلك السبب قائم وإن رجع هو عن دلالته ونهاه عن الأخذ فلم يبرأ عن الضمان .

قالوا : وكذلك نقول فى المودع إذا مكّن السارق من أخذ الوديعة ثم نهاه باللسان لا يبرأ ، وإنما يبرأ إذا حفظه باليد فعجز ، لأنه لما أثبت اليد عليه فقد عاد إلى المال ما كان ثابتاً من قبل وهو الحفظ المؤمن للوديعة فبرئ عن الضمان الواجب بإزالة أمن الحفظ فقياس هذا من مسألتنا أن لو ذهب الدّال وأخفى الصيد بأن كان بيضاً أو فرخاً فأخفاه من المدلول فإنه يبرأ عن الضمان فى هذه الصورة .

دليله : مسألة الوديعة وتقريره وبيان وجه تأثيره ما سبق .

---

(١) فى المخطوط : « عمله » ، والتصويب من المحقق .

قالوا : وليس كالدلالة على قتل المسلم ، لأن دم المسلم وماله غير مضمون أمانه على أحد ولا حفظه حتى يقال يجب الضمان بإزالة الأمن أو ترك الحفظ .

فإن قلتم : « مضمون بعقد الإسلام » .

قال : ليس فى الإسلام ضمان شئ من هذا الباب إنما يجب عليه بحق الدين أن لا يؤذى مسلماً ، فلا جَرَم وجب بتركه الجزاء الذى هو بمعصية اللَّه تعالى على الإطلاق ، وذلك الإثم وإذا لم يكن فيه ضمان فكان الواجب من الكفَّارة وغيرها متعلقاً بتعدٍ يقع على العين ، والدلالة ما اتصلت بالعين جناية عليه وإنما يتصل بالعين مباشرة الأخذ أو الإتلاف ، وإذا كان المباشرة والأخذ مختارين فى الإتلاف والأخذ كانت إضافة السبب مقصورة عليهما ولم تجب على صاحب الدلالة فصار حرفهم فى المسألة : أن ترك الحفظ سبب ضمان العين بضمان الحفظ وإزالة الأمن سبب ضمان العين بضمان الأمن فالأول فى الوديعة ، والثانى فى الإحرام ، ومثل هذا لا يوجد فى عقد الإيمان فبقى مجرد ارتكاب المعصية بالدلالة على المعصية ، وأما الضمان فكان مقصوراً على مَنْ يوجد منه العدوان المتصل بالعين .

قالوا : وأما جزاء صيد الحرم يجب على وجه البدل على المتلف ، ولهذا لا يدخل فيه الصوم ، وهذا لأنه لم يوجد عقد ولا إلتزام أمان حتى يصير بالقتل جانياً على عقده ، وإنما اللَّه حرَّم هذه الصيود فى الحرم لمحض حقه أو لحق الصيد على ما سبق .

وإذا أتلفه كان الواجب عليه بدل المتلَف لحق اللَّه تعالى . وفى مسألتنا إنما تجب الكفَّارة على وجه الجزاء على ارتكاب المحظور ولهذا دخل فيه الصوم ، وهذا لأن الواجب إذا كان فى مقابلة المحل لا يجوز أن يدخل فيه الصوم ، لأنه لا مماثلة بين الصوم والمحل ، وأما إذا كان جزاء عن ارتكاب

محظور يجوز أن يدخله الصوم ، لأن الصوم يصلح أن يكون واجباً عن ارتكاب محظور ولأن الصوم حسنة وارتكاب المحظور سيئة ، والله تعالى قد شرع الحسنات مُذْهِبة للسيئات ، وإذا كان الواجب فى صيد الحرم على طريق البدل عن المتلف لم يجز أن يجب ضمانان عن متلف واحد ، وإذا وجب على المباشر بارتكاب المحظور بقتله لم يجز أن يجب على الدال .

وفى مسألتنا لما كان الواجب جزاء على ارتكاب محظور يجوز أن يجب على المباشر بارتكاب المحظور بالقتل ، ويجب أيضاً على الدال بارتكابه المحظور بدلالته ، لأن كل واحد منهما مرتكب محظور .

وقال أبو زيد فى « الأمالى » [1] جواباً عما إذا دلّ ولم يقتل المدلول : إن الضمان من حيث إنه وجب بارتكاب محظور يكون كفّارة وجزاء عن الجناية ، ومن حيث إنه لم يجب جزاء عن صيد مضمون يجب بدلاً عنه فيجب بالطريقين جميعاً كفّارة وبدل ، فمن حيث إنه بدل لم يجز أن يجب إذا كان المبدل سليماً على حاله ولا يجب إلاّ بعد فوته ، ومن حيث إنه كفّارة يجوز أن يجب إذا فات المبدل على القاتل لإتلافه بدلاً عنه ، وعلى الدّال الكفّارة بجنايته على إحرامه .

الجواب :

أما الآثار عن الصحابة :

فقد روينا عن ابن عمر مثل مذهبنا ، وعليه يدل القياس الجلى .

وأما قولهم : « إن الدلالة من محظورات الإحرام » .

قلنا : أما إذا دلّ مُحْرِماً على الصيد ليقتله فإنما كان محظوراً لأنه دلالة

---

(١) انظر : الأسرار ، كتاب « المناسك » ص ٢٥٦ .

على المعصية ، والدلالة على المعصية معصية ، وهو مثل أن يدل ظالماً على مسلم ليقتله .

وأما إذا دلّ حلالاً على صيد ليقتله فإنما كانت الحظرية بالنص وهو حديث أبى قتادة المعروف : « أنه كان فى رهط فى المحرمين وكان حلالاً فمرَّ به حمار وحشى فشدَّ عليه وقتله وجاء به إلى أصحابه فأبوا أن يأكلوا حتى يسألوا النبىﷺ فلما سألوه قال : هل أعنتم ؟ هل أشرتم ؟ هل دللتم ؟ قالوا : لا ، قال : فكلوا »[1] .

ولولا هذا النص لا تجب الدلالة ولا يجب الأكل أيضاً ، فسلم هذان الحكمان فى هذه الصورة / للنص ، فأما فى الصورة الأولى فمجرد الدلالة على المعصية ، بدليل الدلالة على قتل المسلم ليقتله المدلول . ٧٦/ب

وأما قولهم : « إنه بعقد الإحرام التزام أمان الصيد » .

قلنا : يجوز أن يقال إنه ما التزم شيئاً بعقد الإحرام إنما هو شارع فى حج عليه أو حج متنفل به ، وإنما اللّه تعالى حظر عليه أشياء فى عقدة

---

(١) رواه البخارى فى صحيحه : ٢٨/٤ مع الفتح ، باب « إذا رأى المحرمون صيداً » .

ومسلم فى صحيحه : ٨/ ١١٠ ، ١١١ ، مع النووى : باب « تحريم الصيد للمحرم » .

والترمذى فى سننه : ٢/ ٩٠ مع التحفة ، باب « ما جاء فى أكل الصيد » .

وأبو داود فى سننه : ٤٢٨/٢ مع المعالم ، باب « لحم الصيد للمحرم » .

والنسائى فى سننه : ١٤٥/٥ ، ١٤٦ ، باب « إذا أشار المحرم » .

وابن ماجه فى سننه : ١٠٣٢/٢ ، باب « الرخصة فى ذلك إذا لم يصد له » .

والبيهقى فى سننه : ١٨٧/٥ ، ١٨٩ ، باب « ما يأكل المحرم من الصيد » .

الإحرام فنظرنا إلى المحظور فوجدناه بالقتل ثم نظرنا فوجدنا واجب القتل لا يجب بالدلالة على القتل بحال ، وعلى أنَّا إن سلَّمنا أنه إلتزام الأمان فى حق الصيود ولكن عن القتل والإصطياد ولم يوجد واحد واحد [1] منهما .

قالوا : « بل إلتزام كل ما ينافى أمانه » .

قلنا : لا ، بل القتل متعين ، لأن الشارع نص على القتل ، وغير القتل لا يحرم تحريم القتل ، وأما حظرية الدلالة كانت بالوجه الذى قدَّمنا ثم نقول : إذا كان الواجب بارتكاب المحظور فأوجبوا الجزاء وإن لم يقتل المدلول .

وقولهم : « إنه إذا لم يقتل المدلول عاد الأمان » .

قلنا : هذا أضعف كلام يكون ، لأن جنايته على إحرامه قد تحققت من حيث الدلالة وتخويف الصيد قد وُجِد وهو جناية مستقلة بنفسها فوُجِد وإن لم يتصل به القتل بدلالة أن الإثم فى هذه الصورة على الدَّال مثل الإثم عند إتصال القتل بالصيد فينبغى أن تجب الكفَّارة وحين لم تجب عرفنا أن الدلالة غير موجبة للجزاء بحال .

أما عذرهم الأخير فى سلوك طريقة الشبهين .

فهذه طريقة يسلكها هذا القائل فى كثير من المسائل ، وهى بعيدة عن مناهج الفقهاء ، لأن حق الفقيه ترجيح أحد الشبهين على الآخر ومداخلة المعانى الصحيحة على أصول الشرع ليتبين له قطع الحادثة عن أحد الشبهين وإلحاقها بالشبه الآخر وإنما سلوك طريقة الشبهين نوع عجز يعدم صاحب المعنى ، وعلى أنَّا نقول : إن الضمان عن الحيوان المضمون يكون بدلاً عنه كضمان الشاة والبقرة ونفس المسلم .

---

(١) كذا فى المخطوطة .

والدليل عليه : أن الواجب يتقدر بقدر المتلف .

أما عندنا باعتبار المثل خلقة ، وعندهم باعتبار القيمة ، وأبدال المتلفات يتقدر بقدر ، فأما الكفّارات فلا .

وأما الحظرية فكانت ، لأن المتلف ليس له بحق له مثل مال الغير ، وكذلك نفس المسلم فحظر الفعل لهذا المعنى ثم الواجب بدل ، لأن المتلف حيوان مضمون ، والواجب بإزاء الحيوان المضمون لا بد أن يكون بدلاً عنه .

وأما دخول الصوم إنما كان ، لأن الواجب لله تعالى ، والصوم يكون بدلاً فى حق الله تعالى . وأما ضمان المال والنفس فإنما وجب لحق الآدمى فلا يستقيم أن يجب الصوم بدلاً عن حق الآدمى فلهذا افترقا .

وأما فصل الوديعة فنقول : المودع فى تلك الصورة لا يضمن بالدلالة بدليل أنه لو رأى سارقاً يسرق الوديعة أو غاصباً يأخذه فلم يمنعه يجب عليه الضمان ولا دلالة له ههنا .

وفى مسألتنا : لو رأى واحداً يقتل صيداً فلم يمنعه لا شئ عليه ، وكذلك فى الوديعة لو نهى بعد الدلالة يسقط الضمان ، وفى مسألتنا قد قلتم : إنه وإن نهى بعد الدلالة لا يسقط الجزاء وقد اعتذروا عن هذا الفصل .

والأول معتمد ، وهذا لأن المودع بعقد الوديعة ضمن حفظ الوديعة ، لأنه عقد معقود على الحفظ وحين دلّ أو تركه حتى سرق فقد ترك الحفظ فإنما ضمن لهذا المعنى .

والفقهاء قد سموا الضمان الواجب على المودع بهذا السبب « ضمان تضييع » وجعلوا المودع مضيعاً بما فعله وضمان الحفظ يضاد التضييع فكان التضييع موجباً للضمان بهذا الوجه .

وأما المُحْرِم لم يلتزم حفظ الصيود حتى يضمن بترك الحفظ .

وقولهم : « إلتزام الأمن » .

فقد أجبنا عن هذا .

يبيِّنه : أن إلتزامه الأمن للصيود مثل إلتزام المسلم أمن الناس عن أذاه بإسلامه .

وقال النبى عليه السلام : « المسلم مَنْ سلم المسلمون من لسانه ويده » .

وقولهم : « إن هناك لم يلتزم » .

قلنا : إن عنيتم نص الإلتزام فلم يوجد فى الموضعين ، وإن عنيتم دليل الإلتزام ووجود الحظرية فقد وُجِد فى الموضعين بلا فرقان ثم نقول : المودع لما أمكنه الحفظ حتى لا يأخذه السارق فصارت قدرة السارق على الأخذ بترك الحفظ ، لأنه لو حفظه لم يقدر عليه فصار ترك الحفظ هو السبب فى الأخذ ، ألا ترى أنه يمكنه أن يحفظ مع أخذه .

فأما الدلالة بعد علم المدلول لا يكون سبباً لأخذ الصائد فإنه بعد دلالته يتوصل الصائد إلى الصيد بقدرته واختياره فلم تبق دلالته جناية على الصيد حين الأخذ ، وفى مسألتنا ومسألة المودع بقى ترك الحفظ جناية على الوديعة عند الأخذ فافترقا معنى ، والله أعلم بالصواب .

* * *

(مسألة)

المُحْرِم إذا قتل ما لا يؤكل لحمه من السباع / وسائر الحيوانات لا يجب عليه الجزاء [1] . ٧٧/أ

وعندهم : يجب إلاّ فى الخمس الفواسق وألحقوا الذئب [2] ، وإن لم يرد بها الخبر .

لنا : حديث ابن عيينة عن الزهرى عن سالم عن أبيه أن النبى عليه السلام قال : « خمس من الدواب لا جُنَاح فى قتلهن على مَنْ قتلهن فى الحرم : العقرب ، والفأرة ، والغراب ، والحدأة ، والكلب العقور » [3] .

---

(١) الأم :٢/ ١٧٠ ، ١٧٦ ، النكت ورقة : ١١٤/ب ، معالم السنن : ٢/٤٢٥ .

(٢) الأسرار ، كتاب « المناسك » ص ٣٠٤ ، المبسوط : ٤/٩١ . الجامع الصغير ص ١٥١ ، مجمع الأنهر : ١/ ٢٩٠، بداية المبتدئ مع فتح القدير : ٣/٨٥ .

(٣) رواه البخارى فى صحيحه : ٤/٣٤ مع الفتح ، باب « ما يقتل المحرم من الدواب » .

ومسلم فى صحيحه : ٨/١١٣ - ١١٨ مع النووى ، باب « ما يندب قتله للمحرم ...... » .

وأبو داود فى سننه : ٢/٢٢٤ ، ٤٢٦ مع المعالم ، باب « ما يقتل المحرم من الدواب » . والنسائى فى سننه : ٥/١٦٥ ، ١٦٦ ، باب « قتل العقرب الفارة فى الحرم .... » .

والترمذى فى سننه : ٢/٨٦ مع التحفة ، باب « ما جاء ما يقتل المحرم من الدواب » . وابن ماجه فى سننه : ٢/١٠٣١ رقم الحديث (٣٠٨٧) ، (٣٠٨٨) .

وابن الجارود فى المنتقى ص ١٥٥ رقم الحديث (٤٤٠) .

(قال ابن عيينة : الكلب العقور : كل سبع يعقر وقد دعا رسول اللّه ﷺ على عتبة بن أبى لهب : اللّهم سَلّط عليه كلباً من كلابك ، فافترسه الأسد)[1].

وروى ابن [2] أبى نعم عن أبى سعيد الخدرى هذا الحديث وزاد فيه أن النبى عليه السلام قال : « والكلب العقور والسبع العادى » .

رواه أبو داود فى سننه [3] ، وروى هذا الحديث (أبو عيسى) [4] فى جامعه [5] ، واللفظ : « يقتل المُحرِم السبع العادى ثم قال : وهو حديث حسن » [6] .

والخبر الثانى نص .

والإستدلال بالخبر الأول حسن .

وقول ابن عيينة فى نهاية الحسن .

فإن حملوا الحديث على حال الإعتداء فهو باطل ، لأنه إذا كان المراد من الحديث هذه الحالة لم يكن لتخصيص الذكر معنى ، لأن غير السبع يكون بمثابته وذلك مثل جمل الصائل وحمار الوحش إذا عَدَى أو أشباه ذلك .

ومن جهة المعنى نقول : سبع مؤذى بطبعه فيجوز للمُحْرِم قتله ولا شئ عليه .

---

(١) ما بين القوسين نقلا من معالم السنن : ٢/٤٢٥ .

(٢) عبد الرحمن بن أبى نعم البجلى أبو الحكم الكوفى العابد ، صدوق عابد ، من الثالثة ، مات قبل المائة ، روى له أصحاب الكتب الستة .

(انظر : التقريب ص ٢١١) .

(٣) انظر سنن أبى داود : ٢/٤٢٥ ، ٤٢٦ مع المعالم .

(٤) هذه زيادة من المحقق يقتضيها النص .

(٥) ، (٦) انظر سنن الترمذى : ٢/٨٨ مع التحفة .

دليله : الذئب ، والقياس فى الذئب فى غاية القوة ، لأن النص لم يأت به فى خبر ما ، وإنما أبيح قتله لأنه سبع عادى وكذلك فى سائر الحيوانات ، وهذا لأن هذا الحيوان إذا كان مؤذياً بطبعه عادياً بجبلته فيكون قتله فى الحقيقة دفعاً لأذاه فصار كما لو قصد المُحرِمَ فقتله المُحْرِمُ فإنه لا يكون عليه شئ ، فكذلك ههنا .

ويدل عليه : أن طبيعته باعثة له على الأذى فصار كما لو تحقق منه الأذى ، وهذا كالكفار المحاربين يجوز قتلهم لمحاربتهم فلو لم يحاربوا يجوز قتلهم ابتداءً ، لأن كفرهم حامل إياهم على الحراب والقتال ، فصار كما لو تحقق منهم الحراب والقتال .

وأما حُجَّتهم :

تعلّقوا بقوله تعالى : ﴿ لاَ تَقْتُلُواْ الصَّيْدَ وَأَنتُمْ حُرُمٌ ﴾[1] وهذه الحيوانات صيود ، لأن كل مستوحش ممتنع صيد ، ولأن كل حيوان جاز اصطياده لنوع منفعة فهو صيد ، فهذه الحيوانات وإن كانت لحومها لا تؤكل فيجوز اصطيادها لجلودها أو للإنتفاع بعظامها وشعورها ، وإذا جاز الإصطياد لمنفعة مطلوبة كان صيداً .

(قال الشاعر :

صيد الملوك أرانب وثعالب وإذا ركبت فصيدك الأبطال

فقد جمع بين الأرانب والثعالب لا تؤكل)[2]، فدلّ أن الصيد لا يختص بما يؤكل لحمه .

---

(١) سورة المائدة : جزء من آية ٩٥ .

(٢) ما بين القوسين نقلاً من الأسرار ، كتاب « المناسك » ص ٣٠٩ .

قالوا : وأما الأذى فلا يوجد من هذه السباع سوى خمس الفواسق إلا على الندور فلأنها تبعد فى العادة عن الناس وليست بحيوان يساكن الناس ولا هى تكون بقرب من العمرانات فيقل منها الأذى ولا يكثر بخلاف الخمس الفواسق ، لأن الحية والعقرب والفأرة مما يساكن الناس فى بيوتهم ، وكذلك الكلب يكون فيما بين الناس ويؤذيهم والغراب والحدأة والذئب تطوف حول العمرانات فيوجد منها أذى الإستلاب ، ولأن الذئب فى العادة يكون يقصد أغنام الناس وأطفالهم فيكثر الأذى من هذه الحيوانات ، وأما ما سواها من السباع فلا يكثر عادة ، وإنما يوجد نادراً فلا يلحق بالخمس الفواسق ، وهذا إنما يلحق بها إذا كان فى معناها فإذا لم يكن فى معناها فلا ، وقد بيّنا أنها ليست فى معناها ، وأما الذئب فإنها فى معنى الخمس الفواسق فألحقت بها [١] .

الجواب :

أما دعواهم أن هذه الحيوانات صيود .

فلا نسلّم ذلك ، وعندنا الصيد كل حيوان يؤكل لحمه ، فأما ما لا يؤكل لحمه فلا يؤكل صيداً بحال .

قالوا : فقد كانت هذه الحيوانات مأكولة عند العرب ، لأنهم كانوا يأكلون كل ما دبّ ودَرَجَ إلاّ أمّ حبين فكانت صيوداً عندهم ثم جاء الشرع بالتحريم بعد ذلك فكان الشرع مغيراً للأحكام دون الأسامى فبقى اسم الصيد على ما كان من قبل .

قلنا : العرب لا تعرف الصيد إلاّ مأكول اللحم ، وقد روى عن ابن [٢]

---

(١) انظر : الأسرار ، كتاب « المناسك » ص ٣١٢ - ٣١٣ .

(٢) عبد الرحمن بن عبد الله بن أبى عمار المكى حليف بنى جمح الملقب بالقس ، ثقة عابد ، من الثالثة ، روى له مسلم وأصحاب السنن (انظر : التقريب ص ٢٠٥) .

أبى عمار [١] أنه قال لجابر فى الضبع : أصيد هو ؟ قال : نعم ، قال : عن رسول الله ؟ قال : نعم [٢] . وإنما كان السؤال كان عن حل الأكل وذكره باسم الصيد ، وإذا كان اسم الصيد عندهم لمأكول اللحم فإذا لم يكن مأكولاً لا يكون صيداً .

وقولهم : « إن الشرع غيّر الحكم دون الاسم » .

قلنا : الإسلام [٣] التى يبنى عليها الأحكام إنما يعتبر فيها مورد الشرع لا مورد اللغة .

وأما قولهم : « إنه حيوان متوحش ممتنع » .

قلنا : قد تركتم وصفاً آخر وهو أن يكون مستوحشاً ممتنعاً مأكول اللحم .

وقولهم : « إن كل ما يُصطاد فهو صيد » .

قلنا : الناس لا يقصدون بالصيد إلاّ مأكول اللحم / فأما غيرها فإن قصدوها فإنما يقصدونها لا لاصطياد لكن لدفع الأذى ، وأما المنافع التى ذكروها من الإنتفاع بالجلود والشعور وغير ذلك فهو إتباع اللحوم ولا يعتبر ذلك على الإنفراد وقد ذكرنا هذا فى كتاب الطهارة فى الأوساط . ٧٧/ب

وأما الذى قالوا : « إن الأذى لا يكثر من هذه الحيوانات عادة » .

قلنا : نحن نعلم قطعاً أن الأُسُود والنمور يقصدون مَنْ يقدر عليه من

---

(١) فى المخطوط : « عمارة » والتصويب من شرح معانى الآثار للطحاوى .

(٢) رواه الطحاوى فى شرح معانى الآثار : ١٦٤/٢ .

والترمذى فى سننه : ٨٤/٤ مع العارضة ، باب « ما جاء فى الضبع يصيبها المحرم » وقال الترمذى : « هذا حديث حسن صحيح » .

(٣) كذا فى المخطوطة ولعله : « الأسماء » .

بنى آدم فإن تركت القصد مع القدرة فذلك نادر ، ولهذا المعنى تسمى سباعاً عادية يعنى أنها تعدو على الناس ويقصدونها بالأذى .

يبيِّنه : أن قصد الحيات ربما يكون أقل من قصد الأسود والنمور وما يشبهها ومع ذلك يُباح قتلها .

وقولهم : « إنها تبعد من الناس » ،

قلنا : هذا أمر يختلف ، فإنها قد تقرب وقد تبعد فلا يجوز بناء الحكم على هذا الدنا [١] فإنها تبعد تارة وتقرب أخرى فلا يعتبر ذلك وإنما يعتبر قصده مَنْ يقدر عليه وهذا موجود فى السباع ، والله تعالى أعلم بالصواب .

* * *

(١) كذا فى المخطوط .

(مسألة)

جماعة مُحْرِمون اشتركوا فى قتل صيد فعليهم جزاء واحد عندنا [1] .

وعندهم : على كل واحد جزاء كامل [2] .

لنا :

ما روى عن ابن عمر رضى اللّه عنه أنه سأله جماعة قتلوا ضبعاً عن الواجب عليهم ، قال : « عليكم جزاء واحد » [3] .

وأما المعنى :

نقول : ضمان حيوان معصوم يتقدر بقدر الحيوان فيكون الواجب واحداً وإن تعدد المتلف .

---

(١) الأم : ٢/١٧٥ ، المهذب : ١/٢٩١، روضة الطالبين : ٣/١٦٢، المجموع : ٧/٣٨٠ ، النكت ورقة : ١١٤/أ .

وهو قول الحنابلة ، انظر المغنى : ٥/٤٢٠ ، الإنصاف : ٣/٥٤٧ .

(٢) الحجة : ٢/٣٨٨ ، أحكام القرآن للجصاص : ٢/٤٧٧ ، الأسرار ، كتاب « المناسك » ص ٢٦٤ ، المبسوط : ٤/٨١ ، بدائع الصنائع : ٣/١٢٢٧ .

وهو قول المالكية ، انظر المدونة : ١/٤٣٣ ، الكافى فى فقه أهل المدينة : ١/٣٩٢ ، الإشراف للبغدادى : ١/٢٤٢ .

(٣) روى هذا الأثر عن عمر وابنه عبد اللّه رضى اللّه عنهما الشافعى فى كتابه الأم : ٢/١٧٥ ، والدارقطنى فى سننه : ٢/٢٥٠ ، والبيهقى فى سننه : ٥/٢٠٤ .

وعبد الرزاق فى مصنفه : ٤/٤٣٨ .

وابن حزم فى المحلى : ٧/٣٢ .

قال ابن قدامة فى المغنى (٥/٤٢٠) : « ويروى هذا عن عمر وابن عمر ، وابن عباس » .

وقد استدل به الشيرازى فى نكته ورقة : ١١٤/أ .

دليله : إذا قتل جماعة صيداً فى الحرم .

والفقه أن الضمان فى مقابلة المتلف بدليلين :

أحدهما : لأن ضمانه لأمانه فإن اللّه تعالى أمّن الصيود عن المُحْرِمين كما أمّن الصيود فى الحرم ، والأمان فى الحيوان المباح قتله يوجب الضمان بدليل أهل الحرب ، وإذا كان الضمان بهذا الطريق فلا بد أن يكون فى مقابلة المتلف .

والثانى : أن الواجب يتقدر بقدر المتلف ، أما عندنا فإن الضمان بالمثل خلقة يكون معدلاً على قدر المتلف وصفاته ، وكذلك على أصلكم تجب القيمة بقدر المقتول حتى إذا كان المقتول حيواناً كبيراً يجب بقيمته وإن كان صغيراً يجب بقيمته ، والواجب المعدل بقدر المتلف لا يتضاعف بتعدد المتلفين .

دليله : سائر الضمانات .

ودليله : المقتول خطأً أو عمداً .

وأما حُجَّتهم :

قالوا : الواجب جزاء الجناية وجناية كل واحد منهم كاملة فيجب عليه جزاء كامل [١] .

دليله : إذا انفرد ، وإنما قلنا : إن الواجب جزاء الجناية ، لأن الواجب كفَّارة ، والكفَّارة جزاء الجناية لا لتمحيص الإثم مثل سائر الكفَّارات ، ولهذا كانت الكفَّارة بما هو عبادة ، لأن العبادة سبب لتمحيص الآثام بدليل

(١) انظر : الأسرار ، كتاب « المناسك » ص ٢٦٥ .

قوله تعالى : ﴿ إِنَّ الحَسَنَاتِ يُذْهِبْنَ السَّيِّئَاتِ ﴾ (١) ، وهذا لأن الإحرام عقد يوجب تحريم أفعال عليه وتلك الأفعال محظورات هذا العقد فيصير بارتكاب المحظور جانباً على إحرامه فيلزمه الجزاء ليكون فى مقابلة جنايته ، وهذا لأن ارتكاب الجناية مخيل فى إيجاب الجزاء الزاجر عنها .

ويدل عليه أن الصوم يدخل فى جزاء قتل الصيد ولو كان الواجب على طريق بدل المتلف وجب أن لا يكون للصوم مدخل فيه ، لأن البدل واجب بشرط المماثلة ولا مماثلة بين الصيد والصوم فثبت بما قلناه أن الواجب بإزاء الجناية ثم الدليل على كمال الجناية كمال الإحرام وإذا كمل الإحرام فلا بد من الحكم بكمال الجناية ، لأن كمال الإحرام يوجب كمال الحظرية وكمال الحظرية يوجب كمال الجناية وكمال الجناية يوجب كمال الجزاء ، وهذا كالجماعة إذا قتلوا واحداً فإنه يجب على كل واحد منهم كفَّارة كاملة كذلك ههنا ، وكان المعنى ما بيَّنا .

قالوا : وأما التعديل بالمحل فإنما كان كذلك ، لأن هذه الجناية لها محل فيكون قدرها بقدر المحل فعند زيادة المحل تزداد الجناية وعند نقصان المحل تنتقص الجناية .

وأما استواء الكفَّارة فى قتل الآدمى فإنما كان لأنها مقدَّرة شرعاً فلا تزداد ولا تنتقص ، وأما ههنا فالواجب هو القيمة وإن كان جزاء الجناية فجاز أن تنتقص وتزداد أخرى .

وقد سلك أبو زيد (٢) طريقة الشبهين وقال : إن الواجب يشبه جزاء

---

(١) سورة هود : جزء من آية ١١٤ .

(٢) الأسرار ، كتاب « المناسك » ص ٢٦٥ .

الجناية من وجه ويشبه بدل المتلف من وجه ، وقد أشرنا إلى ذلك فى المسألة الأولى [1] .

وقال أيضاً : إن الواجب كفّارة القتل ، والجماعة إذا اشتركوا فى قتل صيد مثل الجماعة إذا اشتركوا فى قتل واحد من بنى آدم ثم هناك الموجود من كل واحد قتل كامل ، كذلك ههنا الموجود من كل واحد قتل كامل فإذا كمل القتل كمل الكفّارة ، وبيان كمال القتل قد ذكرناه فى ربع [2] القِصاص .

٧٨/أ قالوا : وأما الجماعة إذا قتلوا صيداً فى الحرم / فإنه لا يجب عليهم جزاء واحد ، لأنه واجب على طريق البدل عن المتلف ، والمتلف واحد فيكون البدل واحداً وهذا لأنه لم يوجد منه عقد حتى يكون القتل جناية على العقد ، وإنما الصيد فى الحرم أمن بأمان اللّه تعالى فإذا قتله وجب البدل للّه تعالى مثل مَنْ قتل صيداً مملوكاً يجب الضمان لصاحب المِلْك .

وأما ههنا فإن هذا جزاء الجناية بدليل ما سبق .

قالوا : ولهذا لا يدخل الصوم فى جزاء الصيد فى الحرم ويدخل فى جزاء الصيد فى الإحرام .

وربما يقولون : إن الواجب فى صيد الحرم حق الصيد والواجب فى صيد الإحرام حق اللّه تعالى زجراً لا جبراً ، لأن الجبر فى حق اللّه تعالى لا يُتصوّر .

الجواب :

قولهم : « إن الواجب جزاء الجناية » .

---

(١) أى مسألة « المحرم إذا قتل ما لا يؤكل لحمه من السباع ..... » .

(٢) فى المخطوط : « رفع » ، والتصويب من المحقق .

لا نسلّم ذلك ، بل الواجب بدل المتلف على ما سبق بيانه .

والأولى أن نقول : إن الواجب ضمان المتلف على جهة البدل وتضمن ذلك نوع جزاء على الجناية ، وهو كالقِصاص عندكم ضمان المتلف بالمثل لكن تضمن الجزاء على الجناية ، وبيان هذا فى ربع القصاص ، وعلى أنَّا قلنا إنه بدل المتلف على الإطلاق فيمكن تمشيته لما بيّنا أنه حيوان مضمون ولأنه ضمان معدّل مقدّر بقدر المتلف .

أما قولهم : « إنه يسمى كفَّارة » .

قلنا : لا عبرة بالأسامى وجزاء صيد الحرم كفَّارة ، وقد سلَّموا أنه بدل المتلف وعلى أنه يسمى كفَّارة ، لأنه تضمن نوع جزاء على الجناية على ما سبق .

وأما قولهم : « إنه يجب بارتكاب محظور » .

قلنا : هذا يوجد فى صيد الحرم ، ومع هذا قد سلَّموا أنه بدل ، وعلى أن الدية واجبة بفعل محظور أو بتقدير فعل محظور وهى بدل قطعاً .

وأما كفَّارة قتل الآدمى فقد ذكر أبو على [1] الطبرى صاحب «الإفصاح» قولاً للشافعى أن جماعة لو قتلوا واحداً لا يجب عليهم إلاّ كفَّارة واحدة[2] ، وعلى أن هناك لا يمكن إيجابها على الأبعاض ، ألا ترى أنها لا تجب بالجناية على بعض الجملة بحال ، وههنا يمكن إيجابها أبعاضاً ألا ترى أنه

---

(١) أبو على الطبرى : الحسين بن القاسم أبو على الطبرى - صاحب الإفصاح تفقه على أبى على بن أبى هريرة وسكن بغداد وتوفى بها سنة ٣٥٠ هـ . له الوجوه المشهورة فى المذهب ، والمحرر ، وغير ذلك .

انظر ترجمته فى الطبقات الكبرى للسبكى : ٣/ ٢٨٠ - ٢٨١ .

(٢) ذكره أيضاً فى المهذب : ٢/٢٧٩ .

يجوز أن يجب بالجناية على البعض وهو الطرف ، ولأن الكفَّارة لما كانت جزاء الجناية لم تتقدر ولم يعدل بقدر المتلف حتى إن المتلف صغيراً كان أو كبيراً أو قليل القيمة أو كثير القيمة تكون الكفَّارة واحدة بخلاف مسألتنا على ما سبق .

وقولهم : « إن الجناية تزداد بزيادة المحل وتنتقص بنقصان المحل » .

قلنا : إن كان هذا صحيحاً فهلاً قلتم فى كفَّارة قتل الآدمى يكون هكذا ؟ وأما دخول الصيام فإنما كان لأن الواجب حق اللّه تعالى فلهذا دخل الصيام أو يجوز ضمان حق اللّه تعالى بالصيام وإنما لا يجوز فى حق الآدمى .

وأما قولهم : « لا مماثلة بين الصوم والصيد » .

قلنا : العبرة بالمماثلة شرعاً ، والشرع فى الابتداء أوجب المثل إذا أمكن ثم إذا صار الأمر إلى القيمة على تدريج فقد حقق معادلة بين الصوم والطعام من حيث الحكم لا من حيث الحسّ والمعقول ، وعلينا الإنقياد لذلك شئنا أو أبينا ، وعندنا يدخل الصوم فى جزاء صيد الحرم أيضاً .

وأما قولهم : « إنه وجد من كل واحد منهم قتل كامل » .

فقد أجبنا عن هذا فى القِصاص ، واللّه أعلم .

* * *

(مسألة)

لا حصر إلاّ حصر العدو عندنا [١] .

وهذا اللفظ مروى عن ابن عباس وهو قول ابن عمر رضى اللّٰه عنهم [٢].

وعندهم : يثبت الإحصار بالمرض كما يثبت بالعدو [٣] .

لنا :

حديث عكرمة عن ابن عباس أن ضباعة بنت الزبير أتت النبى عليه السلام وقالت : يا رسول اللّٰه ، إنى أريد الحج أفأشترط ؟ قال : « نعم ، قالت : كيف أقول ؟ قال : قولى لَبَّيْكَ اللّٰهم لَبَيْك محلى من الأرض حيث تحبسنى » [٤] .

---

(١) حلية العلماء : ٣/٣٠٩ ، روضة الطالبين : ٣/١٧٣، المجموع : ٨/٢٥٥ ، النكت ورقة : ١١٦/ب ، شرح السنة للبغوى : ٧/٢٨٧ .

وهو قول مالك ، وإسحاق ، والمشهور فى المذهب عند الحنابلة .

انظر الجامع لأحكام القرآن : ٢/٣٧٤ ، المغنى : ٥/٢٠٣ .

(٢) انظر شرح السنة للبغوى : ٧/٢٨٧ ، وسنن البيهقى : ٥/٢١٩ .

(٣) شرح معانى الآثار : ٢/٢٥٢ ، الأسرار ، كتاب « المناسك » ص ٤٨٤ ، المبسوط : ٤/١٠٧ ، أحكام القرآن للجصاص : ١/٢٦٨ ، بدائع الصنائع : ٣/١٢٠٦ ، مختلف الرواية ورقة : ٦٧/أ .

وهو رواية عن الإمام أحمد ، قال ابن قدامة فى المغنى (٥/٢٠٣) : « وروى نحوه عن ابن مسعود وهو قول عطاء والنخعى والثورى وأبى ثور » اهـ .

(٤) رواه البخارى فى صحيحه : ٩/١٣٢ مع الفتح ، باب « الأكفاء فى الدين ».

ومسلم فى صحيحه : ٨/١٣١ ، ١٣٢ مع النووى ، باب « جواز اشتراط المحرم للتحلل من المرض » . =

(وفى الباب عن جابر وعائشة وأسماء بنت أبى بكر) [1] .

والإستدلال أنه لو حَلَّ الخروج لم يكن للإشتراط معنى ، وقد قال كل مَنْ يرى الخروج بالمرض جائزاً أن الإشتراط باطل [2] .

وقد قال كل مَنْ لا يرى الخروج بالمرض جائزاً بأن الإشتراط صحيح [3] .

ولأن الإحرام عقد لازم فى ذاته بدليل أنه لا يمكنه الخروج عنه باختياره ولو جاز الخروج عنه بعذر لكان إذا خرج باختياره بغير عذر لصح خروجه ولكنه يأثم مثل سائر العبادات . وهذا لأن عدم العذر تأثيره فى التأثيم ، والعذر تأثيره فى الإطلاق بلا إثم ، فأما إمكان الخروج فى الموضعين يكون واحداً فلما لم يمكنه الخروج عنه إلاّ بطريقه المشروع عرفنا أنه عقد لازم بعينه وإذا كان لازماً بعينه فالأصل أن كل ما يمكنه الصبر عليه حتى

= وأبو داود فى سننه : ٣٧٦/٢ مع المعالم ، باب « الإشتراط فى الحج » .

والترمذى فى سننه : ١٧٠/٤ ، مع العارضة ، باب « ما جاء فى الإشتراط فى الحج واللفظ له » .

والنسائى فى سننه : ١٣١/٥ ، باب « كيف يقول إذا اشترط » .

وابن ماجه فى سننه : ٩٨٠/٢ ، باب « الشرط فى الحج » .

والدارمى فى سننه : ٣٥/٢ ، باب « الاشتراط فى الحج » .

والإمام أحمد فى المسند : ١٦٤/٦ ، ٢٠٢ ، ٣٤٩ ، ٣٦٠ ، ٤٢٠ .

والدارقطنى فى سننه : ٢٣٥/٢ .

والبيهقى فى سننه : ٢٢١/٥ ، باب « الاستثناء فى الحج » .

والبغوى فى شرح السنة : ٢٨٩/٧ .

(١) ما بين القوسين نقلاً من سنن الترمذى : ١٧٠/٤ .

(٢) وهم الحنفية .

(٣) وهم الشافعى ، وأحمد ، وإسحاق .

ينقضى يلزمه الصبر عليه ثم إذا مضى خرج عن الإحرام بطريقه المشروع محافظة على لزومه بعينه والمريض يمكنه أن يصبر عليه حتى يبرأ ، وكذلك فى حصر العدو يمكنه أن يحارب حتى يجد المسلك أو يصبر حتى ينصرف العدو إلاّ أن فى العدو جاز التحلل بنص الكتاب / والسُنَّة والمرض ليس بمنزلته لا صورةً ولا معنىً . ٧٨/ب

أما الصورة معلومة ، والمعنى فلأن الخوف من العدو يزول بالتحلل ، والمسألة مصوّرة فى مثل هذا الموضع وهو أن يكون العدو مانعاً من المضى على وجهه وإذا رجع من وجهه إلى وطنه لم يتعرض له وهو مثل ما كان فى حق الرسول ﷺ بالحديبية حتى قال الأصحاب :

لو لم يكن على هذا الوجه أو كان العدو من الجوانب كلها لا يجوز له التحلل والخوف من المرض لا يزول بالتحلل .

وقد قال الأصحاب فى العبارة عن هذا : حال لا يفارقه بالإحلال فلا يُطلق له التحلل .

دليله : الضلال ، وهذا لأن اللّه تعالى أباح التحلل عند إحصار العدو ولينجوّ عن شر العدو بالرجوع فلم يجز قياس المرض عليه ، لأنه لا نجاة من شر المرض بالرجوع وهو أيضاً دونه ، لأن العدو إذا كان على الطريق لم يمكنه المضى على وجهه أصلاً ، وفى المريض يمكنه المضى على وجهه إلاّ أنه بمشقة .

والحرف هو الأول وهو أن إباحة التحلل للخلاص من العدو ولا خلاص من المرض بالتحلل فلم يكن مثله ولم يطلق له الخروج إلاّ بشرط زائد وهو شرط التحلل فيفوت اللزوم بهذا الشرط شرعاً ، لأنه كان اللزوم بإطلاق الإحرام شرعاً فيفوت شرطه شرعاً كالبيع لا يلزم مع العيب ويلزم مع الجهل بالجزء فإذا شرط العلم بالجزء عند العقد التحق بالعيب حتى إذا لم يكن له علم بها

يرد العلم على بائعها وكان ذلك لأن الجهل بالجزء دون العيب فلم يلتحق به في حكمه إلا بشرط مقرون بالعقد ، كذلك ههنا .

وأما حُجَّتهم :

(تعلقوا بظاهر قوله تعالى : ﴿ فَإِنْ أُحْصِرْتُمْ فَمَا اسْتَيْسَرَ مِنَ الهَدْيِ ﴾ [1].

قالوا : والإحصار هو المرض ، يقال : أُحصر بالمرض وأحصر [2] بالعدو .)[3] وذكره ثعلب في فصيح الكلام [4] ، وذكره الزجاج في معاني القرآن [5] . فصار نص القرآن متناولاً لكل واحد منهما بل تناوله للمرض أظهر وأبين .

قالوا : وروى الحجاج [6] بن عمرو أن النبي عليه السلام قال : « مَنْ كسر أو عرج فقد حَلّ وعليه حجة أخرى » ، رواه عكرمة عن الحجاج بن عمرو ، وقال عكرمة : قد ذكرتُ ذلك لابن عباس وابن عمر فقالا : صدق [7] .

---

(١) سورة البقرة : جزء من آية ١٩٦ .

(٢) كذا في المخطوط والصواب « حصر » .

(٣) ما بين القوسين نقلاً من الأسرار ، كتاب « المناسك » ص ٤٩٠ .
وانظر : لسان العرب مادة « حصر » .

(٤) انظر : فصيح ثعلب ص ٢٢ ، باب : « فعلت وأفعلت باختلاف المعنى ».

(٥) انظر معاني القرآن : ٢٦٧/١ ، ونصه فيه : « والحق في هذا ما عليه أهل اللغة من أنه يقال للذي يمنعه الخوف أو المرض أحْصِر وللمحبوس حُصِر ... » اهـ

(٦) الحجاج بن عمرو بن غزية الأنصاري المدني صحابي ، وله رواية عن زيد بن ثابت وشهد صفين مع علي رضي الله عنه .
روى له أصحاب السنن ، انظر : التقريب ص ٦٤ - ٦٥ .

(٧) رواه بهذا اللفظ الترمذي في سننه : ١٦٨/٤ ، ١٦٩ ، مع العارضة باب « ما جاء في الذي يهلُ بالحج فيُكسر أو يعرج » . =

والمعنى أن المرض سبب لمنعه من المضى فى موجب إحرامه فيفيد له الإحلال قياساً على العدو ، وإنما قلنا إنه يمنعه ، لأن الخلاف فى مرض مقعد يقعده عن الذهاب والركوب أو ضلا أو منعه إلاّ بزيادة مرض فأباح له الشرع التحلل وإن أمن تلك الزيادة .

قالوا : وهذا المعنى معقول ، وهو إذا عجز عن المضى على وجه إزداد مدة الإحرام لأنه لا بد من الصبر مدة المرض فى الإحرام ثم إذا برأ من المرض لا بد من الذهاب وفعل العُمرة إن كان محرماً بعُمرة وإن كان محرماً بحجة فلا بد من الصبر مدة المرض ثم إذا عوفى وقد فاته الحج فلا بد من التحلل من الحج بالطواف والسعى كما يتحلل فائت الحج فى سائر المواضع فيحتاج إلى مدة طويلة فى الإحرام وفى زيادة مدة الإحرام زيادة لزوم مشقة تلحقه من جنس ما التزم بأصل الإحرام فالشرع جعل له خيار المخلص عن هذه الزيادة بفسخ الأصل ترفيهاً له ورحمةً عليه ثم مثل هذا قد يؤثر فى إطلاق فسخ العقود اللازمة مثل البيع فإن المشترى إذا لزمه زيادة ثمن على ما سمى ثبت له الخيار وذلك بأن يجد عيباً بالمبيع فإنه التزم الثمن بإزاء جميع أجزاء المبيع فإذا كان بعض أجزاء المبيع فايئاً فصار حصته من الثمن تلزمه على سبيل لم يرض به فثبت له الخيار ، كذلك ههنا ، وهذا لأن الإحرام

= وقال : « هذا حديث حسن صحيح » .

والنسائى فى سننه : ١٥٦/٥ ، ١٥٧ ، باب « فى مَنْ أُحْصِر بعدو » .

وابن ماجه فى سننه : ١٠٢٨/٢ ، باب « المحصر » .

والدارمى فى سننه : ٦١/٢ ، باب « فى المحصر بعدو » .

والإمام أحمد فى مسنده : ٤٥٠/٣ .

وأبو داود فى سننه : ٤٣٢/٢ مع المعالم ، باب « الإحصار » .

والبيهقى فى سننه : ٢٢٠/٥ ، باب « مَنْ رأى الإحلال بالإحصار بالمرض » .

لازم بعينه فى الجملة محتمل للفسخ مثل المبيع سواء فصار حكمه مثله على الوجه الذى قلناه .

قالوا : وأما إذا ضلّ الطريق فعندنا المحصر لا يتحلل إلاّ بَهْدى ينُحر عنه . وفى المرض وحصر العدو نجد هذا ، ومَنْ ضَلّ الطريق لا يجد مَنْ يبعثه وإن وجد لزمه الذهاب معه لأنه يهديه إلى الطريق فيزول العذر حتى إذا كان الرجل راعياً بحيث يمكنه أن يبعث معه الهَدْى ولا يمكنه الذهاب معه وهو لا يعرف الطريق بنفسه فإنه يتحلل ويبعث بالهَدْى مثل مسألتنا سواء .

قالوا : وأما عدم مفارقة المرض إياه ومفارقة العدو لا تعتبر ولا توجب الفرقان بعد أن ظهر العجز وتحقق فى الوجهين جميعاً .

فصار حرفهم أن المبيح للتحلل عند حصر العدو ليس هو مفارقة الحال بالإحلال لكن المبيح زيادة مدة الإحرام عليه وذلك يزول بالتحلل فى الموضعين ، وعلى أنكم جعلتم مفارقة الحالّ بالإحلال علّة التحلل ، ونحن نقول : إن صح هذا فقد جعلتم عدمه علّة لعدم الحكم ، وبالإجماع عدم العلّة لا يوجب عدم الحكم بل يبقى موقوفاً على قيام الدلالة ، كما كان قبل العِلّة فصار / حقيقة ما قلتموه احتجاجاً بلا دليل . ٧٩/أ

الجواب :

إن الأمة أجمعت على أن الآية نزلت فى حصر العدو ، والدليل القطعى عليه قوله تعالى : ﴿ فَإِذَا أَمِنتُمْ فَمَن تَمَتَّعَ بِالعُمْرَةِ إِلَى الحَجِّ ﴾ (١) .

وأيضاً يقال : أمن من العدو ، وفى المرض يقال : برأ وعوفى منه .

---

(١) سورة البقرة : جزء من آية ١٩٦ .

وقد ذكر الفراء أنه يقال : أُحصر من العدو والمرض جميعاً [(١)] ، وكذلك أشار القتبى إليه [(٢)] ، وإذا كان اللفظ صالحاً لهما كان متعيناً فى حصر العدو بإجماع المفسرين .

وأما الخبر : قلنا : روى عكرمة وحجاج بن عمرو ، وعبد اللّه بن رافع [(٣)] ذكره [(٤)] معمر ولم يذكره عكرمة فى هذه الرواية [(٥)] فيوجب هذا وهناً فى الحديث . وعلى أنه محمول على ما إذا كان شَرَطَ أن محله حيث يحبسه ، ألا ترى أنه قال : « فقد حلّ » فإنما يحلّ بغير تحلل فى هذه الصورة .

وأما الذى قالوا من « زيادة مدة الإحرام » .

فمعنى ضعيف ، لأنه بإحرامه التزم مواجب إحرامه طالت المدة أو قصرت إلى أن يتحلل على قضية إحرامه ، وهذا لأن هذه العوارض غير مأمونة من مرضٍ وعدوٍ وغير ذلك فحين أطلق الإحرام من غير اشتراط فقد التزم مواجبه على علاّته وحالاته فتوهم زيادة مدة الإحرام لا تجوز له أن يطلق له الخروج ، ولأَنه كيف يستقيم التعليل بهذا ، وعندكم [(٦)] إذا تحلل يلزمه حجة وعُمرة ؟ فلا يجوز أن يباح له التحلل للفرار من وجوب زيادة لم

---

(١) انظر معانى القرآن : ٢٦٧/١ .

(٢) أى ابن قتيبة فى غريبه نقلاً عن الأسرار ، كتاب « المناسك » ص ٤٩٠ .

(٣) عبد اللّه بن رافع المخزومى أبو رافع المدنى مولى أم سلمة ، ثقة ، من الثالثة ، روى له مسلم وأصحاب السنن ، انظر التقريب ص ١٧٣ .

(٤) فى المخطوط : « ذكر » ، والتصويب من المحقق .

(٥) انظر : سنن البيهقى (٥/ ٢٢٠) فقد ذكر هذا الكلام وَرَجّح سماع عكرمة من الحجاج بن عمرو بدون ذكر : « عبد اللّه بن رافع » .

(٦) أى عند الحنفية ، انظر الأسرار ، كتاب « المناسك » ص ٥٢٠ .
بدائع الصنائع : ١٢٢٢/٣ ، مختلف الرواية ورقة : ٦٧/أ .

يلتزمها ثم يكون التحلل موجباً زيادة نُسُك فى الأصل هو فوق زيادة المدة ، فدلَّ أن ما ظنوه علِة ضعيفة .

وأما البيع لا يشبه الإحرام ، ألا ترى أنه يشترط ما يفسخ به البيع عند فقده من صفة الخبر والكتابة فيصح شرطه ، ومثل هذا الشرط لا يصح فى الحج عندهم بحال فثبت أن التحلل لحصر العدو ليس إلاَّ بالنص والمرض مخالف له على ما سبق .

والذى اعترض به على ما قلناه ، ليس بشئ ، لأنه مآل كلامه أنه يتخلص بالتحلل من زيادة مدة الإحرام ، وقد ذكرنا فساد هذا المعنى .

والذى قالوا : « إن العدم لا يكون علِة » .

قلنا : نحن لم نجعله علِة لكن بيّنا المفارقة بين عذر العدو وعذر المرض وقد تبين .. والله أعلم بالصواب وإليه المرجع والمآب .

* * *

« تم ربع العبادات بحمد الله تعالى وحسن توفيقه فى أواخر شوَّال من شهور سنة اثنتى عشرة وخمسمائة ، والله المستعان على إتمامه بمنه ولطفه .

الحمد لله وصلواته على الأنبياء الطاهرين وخصّ محمداً بأفضل التحية والسلام وآله أجمعين ، وحسبنا الله ونِعْمَ المعين » .

* * *

الفهارس العامة للكتاب

١ - فهرس الآيات القرآنية .

٢ - فهرس الأحاديث النبوية والآثار .

٣ - فهرس الأعلام .

٤ - فهرس مسائل الكتاب .

٥ - ثبت المراجع .

فهرس الآيات القرآنية

* * *

فهرس الأحاديث النبوية والآثار

الحديث أو الأثر	الصفحة
« أن النبى عليه السلام قَرَنَ فطاف لهما طوافين وسعى سعيين »	٣١٤
« أن اللّه تعالى أطعمه وسقاه »	١٨٤
« إن اللّه عفا عن أمتى ما حدَّثت به ... »	٢٠٧
« إنها أيام أكل وشرب »	٢١١
« أنها كانت تلبس أوضاحاً من ذهب »	١٠٤
« أنه أهلّ بالعمرة فلما أتى الجحفة قال : ما أمرهما إلاّ واحد ، أشهدكم أنى قد أدخلتُ الحج على العمرة » (أثر)	٣١٣
« أنه سأل النبى ﷺ عن اعتكاف عليه ... »	٢٢١
« أنه سأله جماعة قتلوا ضبعاً عن الواجب عليهم » (أثر)	٣٥٧
« أنه قال لجابر فى الضبع : أهو صيد ؟ قال : نعم ، قال : عن رسول اللّه ؟ قال : نعم »	٣٥٥
« أنه كان فى رهط من المحرمين وكان حلالاً فمر به حمار وحشى »	٣٤٧
« أنه مسح حاجب مَنْ كان يدّعى رؤية الهلال » (أثر)	١٧٧
« إنى أريد الصوم وأُهدى لى حيس »	٢٠١
« ائتونى بكل خميس أو لبيس »	٧٩
« أتت النبى عليه السلام وقالت : يا رسول اللّه إنى أريد الحج أفأشترط ؟ قال : نعم »	٣٦٣
« أتيتُ رسول اللّه ﷺ بطوق فيه ... »	١٠٥

الحديث أو الأثر	الصفحة

الحديث أو الأثر	الصفحة
« خرجنا مع رسول الله ﷺ مهلين بالحج »	٢٩٨
« خرجنا مع رسول الله ﷺ حاجاً لا نريد إلاّ الحج » ...	٢٩٨
« خمس من الدواب لا جناح فى قتلهن ... »	٣٥١
« دخلت العمرة فى الحج إلى قيام الساعة »	٣١٧
« دخل علىّ رسول الله ﷺ فرأى فى يدىّ ... »	١٠٤
« ذَهِلَ أنس ، إنما أهلّ رسول الله ﷺ وأهللنا معه » ..	٣٠٢
« رحم الله أنساً ، وَهِلَ أنس ... » (أثر)	٣٠٢
« رفعت امرأة صبياً إلى رسول الله ... »	٢٨٩
« رُفِعَ عن أمتى الخطأ والنسيان ... »	١٨٤
« رُفِعَ القلم عن ثلاث : عن الصبى حتى يبلغ ... » ...	١٨٧
« سأل رجل رسول الله ﷺ عن الصلاة والزكاة أواجبة هى؟ قال : نعم ... »	٢٨٠
« سمع رسول الله ﷺ رجلاً يقول : لبيك عن شبرمة » ..	٢٥٠
« سمع رسول الله ﷺ رجلاً يقول عن شبرمة »	٢٥٠
« صنع لك أخوك وتكلف لك أخوك »	٢٠٢
« الصائم المتطوع أمير نفسه »	١٩٩
« صوم يوم عاشوراء لم يُكتب عليكم »	١٢٩
« صومكم يوم تصومون »	١٧٥ ، ١٧٨
« صوموا لرؤيته وأفطروا لرؤيته »	١٧٥
« أضحاكم يوم تضحون ، وعرفتكم .... »	١٧٦





فهرس الأعلام

العَلَم	الصفحة
(حرف الألف)	
إبراهيم بن عبيد	٢٠١ ، ٢٠٣
إبراهيم النخعى	١٠٥ ، ١١٧
أحمد بن حنبل	٣٢ ، ٦٦ ، ١٠٢
أسماء بنت أبى بكر	١٠٢ ، ٣٦٤
إسحاق	٣٢ ، ٦٦ ، ١٠٢
أنس بن مالك	٨ ، ١٠٢ ، ٣٠٠ ، ٣٠١ ، ٣٠٢ ، ٣٠٣
أفلح بن حميد	٢٩٧
أيوب	٣١
أبو بكر الصدِّيق	٨ ، ٩ ، ١٠ ، ٢٣٩ ، ٢٩٩ ، ٣٠٣
أبو بكر بن عبد اللّه	١١ ، ٢٧٩
أبو بكر عبد اللّه بن زياد النيسابورى ..	٢٢٣
أبو بكر بن عياش	٢٥٠
أبو بكر الهذلى	١٠٧
أبو حمزة ميمون	١٠٧ ، ١٠٨
أبو حميد الحمصى	١٠٦
أبو حنيفة (النعمان بن ثابت)	١٨ ، ٩٥ ، ١٠١ ، ١١٧ ، ١١٩ ، ١٢٠ ، ٢٢٩ ، ٢٣٧ ، ٢٦٧ ، ٢٦٩ ، ٢٧١

العَلَم	الصفحة

العَلَم	الصفحة

(حرف العين)

العَلَم	الصفحة
عروة بن الزبير	٢٠١ ، ٢٠٢ ، ٢٢١
عطاء	١٠٤ ، ٢٥٠
عكرمة	٣٠١ ، ٣٠٤ ، ٣٦٣ ، ٣٦٦ ، ٣٦٩
علقمة	١٠٥ ، ١١٧
علىّ بن أبى طالب (علىّ)	١١ ، ١٢ ، ٦٦ ، ٢٢٣ ، ٣٠١ ، ٣٠٣ ، ٣٠٩ ، ٣١٤ ، ٣٣٦
على بن المدينى	٣٢ ، ٦٦
عمران بن حصين	٣٠١
عمر (ابن الخطاب)	٩ ، ٦٦ ، ٢٢٠ ، ٢٢١ ، ٢٨٠ ، ٢٨٢ ، ٢٩٩ ، ٣٠١ ، ٣٠٣ ، ٣٣٦، ٣٤٣
عمرو بن أوس	٢٨٣
عمرو بن حزم	١٠ ، ١٢ ، ٣٦ ، ١٢٨ ، ٢٧٩
عمرو بن دينار	٢٢١ ، ٢٢٢ ، ٢٢٣ ، ٢٥٠ ، ٣٠١، ٣٠٤
عمرو بن شعيب	٦٥ ، ٦٦ ، ١٠٢ ، ١٠٥
عمرو بن قيس المكى	٢٨٢
أبو عيسى الترمذى	٣١ ، ٦٦ ، ١٠٣ ، ١٩٨ ، ١٩٩ ، ٢٨٩ ، ٣٥٢

العَلَم	الصفحة
(حرف الياء)	





فهرس المسائل الواردة فى الكتاب

الصفحة

(كتاب الزكاة)

الصفحة

(كتاب الصوم)

الصفحة

(كتاب الحج)

الصفحة

* * *

ثبت المراجع

القرآن الكريم .

١ - الإجماع :

أبو بكر بن محمد بن إبراهيم بن المنذر النيسابورى .

تحقيق : د . أبو حماد صغير أحمد بن محمد حنيف .

دار طيبة - الرياض ، الطبعة الأولى ، سنة ١٤٠٢ هـ .

٢ - أحكام القرآن :

أبو بكر أحمد بن على الرازى الجصاص .

مطبعة دار الفكر ، بيروت - لبنان .

٣ - أحكام القرآن :

أبو بكر محمد بن عبد الله المعروف بابن العربى المالكى .

تحقيق : على محمد البجاوى .

مطبعة عيسى البابى الحلبى - مصر .

٤ - إرواء الغليل فى تخريج أحاديث منار السبيل :

محمد ناصر الدين الألبانى .

المكتب الإسلامى ، الطبعة الأولى سنة ١٣٩٩ هـ .

٥ - الأسرار :

أبو زيد عبد الله بن عمر الدبوسى .

مخطوط ، نسخة شهيد على - برقم ٦٧٩ ، السليمانية ، استانبول .

مطبوع ، كتاب المناسك - بتحقيقنا .

٦ - الإشراف على مسائل الخلاف :

عبد الوهاب بن عليّ بن نصر البغدادى المالكى .

مطبعة الإرادة - تونس .

٧ - الإفصاح عن معانى الصحاح :

أبو المظفر يحيى بن محمد بن هبيرة الحنبلى .

الناشر : المؤسسة السعودية - الرياض .

٨ - الأم :

أبو عبد الله محمد بن إدريس الشافعى .

دار الشعب - مصر .

٩ - الأموال :

أبو عبيد القاسم بن سلام الهروى .

تحقيق : محمد خليل هراس .

إدارة إحياء التراث الإسلامى - قطر .

١٠ - الإنصاف فى معرفة الراجح من الخلاف على مذهب الإمام أحمد بن حنبل :

علاء الدين أبو الحسن عليّ بن سليمان المرداوى .

تحقيق : حامد الفقى ، الطبعة الثانية ، سنة ١٤٠٠ هـ .

١١ - البحر الرائق شرح كنز الدقائق :

زين الدين بن نجيم الحنفى .

الناشر : دار المعرفة - بيروت ، الطبعة الثانية .

١٢ - بدائع الصنائع فى ترتيب الشرائع :

علاء الدين أبو بكر بن مسعود الكاسانى الحنفى .

الناشر : زكريا على يوسف ، مطبعة الإمام - القاهرة .

١٣ - البداية على الهداية :

علىّ بن أبى بكر المرغينانى .

انظر : فتح القدير .

١٤ - بداية المجتهد ونهاية المقتصد :

أبو الوليد محمد بن أحمد بن محمد بن أحمد بن رشد القرطبى المالكى .

مصطفى البابى الحلبى - القاهرة ، الطبعة الثالثة ، سنة ١٣٧٩ هـ .

١٥ - تحفة الأحوذى شرح سنن الترمذى :

أبو العلى محمد بن عبد الرحمن المباركفورى .

عنى بنشره : الحاج حسن إيرانى .

١٦ - الترغيب والترهيب من الحديث الشريف :

الحافظ أبو محمد زكى الدين عبد العظيم بن عبد القوى المنذرى .

تحقيق : مصطفى محمد عمارة .

إدارة إحياء التراث الإسلامى - قطر .

١٧ - التعليق الكبير فى مسائل الخلاف بين الأئمة :

أبو يعلى الفرّاء الحنبلى .

مخطوط ، فيض اللّه أفندى - تركيا .

١٨ - تفسير الطبرى « جامع البيان عن تأويل القرآن » :
أبو جعفر محمد بن جرير الطبرى .
مكتبة مصطفى البابى الحلبى - مصر ، الطبعة الثالثة ، سنة ١٣٨٦ هـ .
١٩ - تفسير الفخرى الرازى « مفاتيح الغيب » :
محمد الرازى فخر الدين بن ضياء الدين عمر الشهير بخطيب الرى .
مصورة عن الطبعة الأولى ، سنة ١٤٠١ هـ .
الناشر : دار الفكر ، بيروت .
٢٠ - تفسير القرطبى « الجامع لأحكام القرآن » :
أبو عبد اللّه محمد بن أحمد القرطبى .
الطبعة الثالثة ، مصورة عن طبعة دار الكتب المصرية .
دار الكتاب العربى ، سنة ١٣٨٧ هـ .
٢١ - تقريب التهذيب :
أحمد بن علىّ بن حجر العسقلانى .
الطبعة الأولى ، سنة ١٣٩٣ هـ .
دار نشر الكتب الإسلامية ، كوجرا نواله - باكستان .
٢٢ - تقويم الأدلة :
أبو زيد عبد اللّه بن عمر الدبوسى .
مخطوط برقم ٢٥٥ ، نسخة القدس .
٢٣ - تنوير الأبصار :
شمس الدين محمد بن عبد اللّه بن أحمد الغزى الحنفى .
انظر : رد المحتار .

٢٤ - جامع أحكام الصغار :

محمد بن محمود الأسروشنى .

تحقيق : عبد الحميد عبد الخالق البيزالى .

الطبعة الأولى - سنة ١٩٨٢ - العراق .

٢٥ - الجامع الصحيح :

أبو عبد الله محمد بن إسماعيل البخارى .

تحقيق : محمد فؤاد عبد الباقى ومحب الدين الخطيب .

المطبعة السلفية - القاهرة ، سنة ١٣٨٠ هـ .

٢٦ - الحُجَّة على أهل المدينة :

محمد بن الحسن الشيبانى .

تحقيق : مهدى حسن كيلانى .

الطبعة الأولى ، مطبعة المعارف الشرقية - الهند ، سنة ١٣٩٠ هـ .

٢٧ - حلية الأولياء وطبقات الأصفياء :

أبو نعيم أحمد بن عبد الله الأصبهانى .

دار الكتاب العربى - بيروت ، الطبعة الثالثة ، سنة ١٤٠٠ هـ .

٢٨ - حلية العلماء فى معرفة مذاهب العلماء :

سيف الدين أبو بكر محمد بن أحمد الشاشى القفال .

تحقيق : د . ياسين أحمد إبراهيم .

مؤسسة الرسالة ، الطبعة الأولى ، سنة ١٤٠٠ هـ .

٢٩ - الدراية فى تخريج أحاديث الهداية :

أحمد بن علىّ بن حجر العسقلانى .

تعليق : عبد الله هاشم يمانى .

مطبعة الفجالة - القاهرة ، سنة ١٣٨٢ هـ .

٣٠ - الدر المختار على تنوير الأبصار :

انظر : رد المحتار .

٣١ - رد المحتار « حاشية ابن عابدين » :

محمد بن أمين الشهير بابن عابدين .

الطبعة الثانية ، مطبعة مصطفى البابى - القاهرة ، سنة ١٣٨٦ هـ .

٣٢ - روضة الطالبين :

أبو زكريا يحيى بن شرف النووى الشافعى .

الطبعة الأولى ، المكتب الإسلامى - بيروت ، سنة ١٣٩٥ هـ .

٣٣ - رؤوس المسائل :

أبو القاسم محمود بن عمر الزمخشرى .

تحقيق : عبد الله نذير أحمد .

الطبعة الأولى ، دار البشائر الإسلامية - بيروت ، سنة ١٤٠٧ هـ .

٣٤ - سنن أبى داود (مع المعالم) :

أبو داود سليمان بن الأشعث بن إسحاق الأزدى .

تحقيق : عزت عبيد الدعاس .

طبعة دار الحديث - بيروت ، سنة ١٣٨٨ هـ .

٣٥ - سنن ابن ماجه :
أبو عبد اللّٰه محمد بن يزيد القزوينى .
تحقيق : محمد فؤاد عبد الباقى .
مطبعة عيسى البابى - مصر .
٣٦ - سنن الترمذى :
أبو عيسى محمد بن عيسى بن سورة الترمذى .
انظر : تحفة الأحوذى وعارضة الأحوذى .
٣٧ - سنن الدارقطنى :
علىّ بن عمر الدارقطنى .
تحقيق : عبد اللّٰه هاشم يمانى .
شركة الطباعة الفنية - مصر ، سنة ١٣٨٦ هـ .
٣٨ - سنن الدارمى :
أبو عبد اللّٰه محمد بن عبد اللّٰه بن بهرام الدارمى .
طبع بعناية : محمد أحمد دهمان .
دار إحياء السُنّة النبوية .
٣٩ - سنن البيهقى « السنن الكبرى » :
أبو بكر محمد بن الحسين بن علىّ البيهقى .
مصورة عن الطبعة الأولى ، دار الباز للنشر - مكة .
٤٠ - سنن النسائى « المجتبى » :
أبو عبد الرحمن أحمد بن شعيب النسائى .
مكتبة البابى الحلبى - القاهرة ، الطبعة الأولى ، سنة ١٣٨٣ هـ .

٤١ - سير أعلام النبلاء :

شمس الدين محمد بن أحمد بن عثمان الذهبى .

تحقيق : شعيب الأرنؤوط وإبراهيم الزئبق .

مؤسسة الرسالة ، الطبعة الأولى - بيروت .

٤٢ - شرح السُّنَّة :

أبو الحسين بن مسعود الفرَّاء البغوى .

تحقيق : شعيب الأرناؤوط .

المكتب الإسلامى ، الطبعة الثانية ، سنة ١٤٠٣ هـ .

٤٣ - شرح معانى الآثار :

أبو جعفر أحمد بن محمد بن سلامة الأزدى .

تعليق : محمد سعيد عبد الحق .

مطبعة الأنوار المحمدية - القاهرة .

٤٤ - شرح النووى على صحيح مسلم :

أبو زكريا محيى الدين بن شرف النووى .

المطبعة العصرية ومكتبتها ، القاهرة .

٤٥ - صحيح الإمام مسلم بن الحجاج :

الإمام مسلم بن الحجاج القشيرى النيسابورى .

انظر : شرح صحيح مسلم للنووى .

٤٦ - طبقات الشافعية (الكبرى) :

تاج الدين أبو نصر عبد الوهاب بن علىّ السبكى .

تحقق : د . عبد الفتاح الحلو ، د . محمود الطناحى .

مطبعة عيسى البابى الحلبى - القاهرة ، الطبعة الأولى ، سنة ١٣٨٥ هـ .

٤٧ - عارضة الأحوذى شرح سنن الترمذى :
أبو بكر محمد بن عبد الله المعروف بابن العربى المالكى .
مطبعة دار العلم للجميع - بيروت .
٤٨ - العبر فى أخبار مَنْ غَبَرَ :
محمد بن أحمد بن عثمان الذهبى .
حققه : أبو هاجر محمد السعيد بن بسيونى زغلول .
دار الكتب العلمية - بيروت ، الطبعة الأولى ، سنة ١٤٠٥ هـ .
٤٩ - الغاية القصوى فى دراية الفتوى :
قاضى القضاة عبد الله بن عمر البيضاوى .
تحقيق : على محيى الدين على القره داغى .
الطبعة الأولى - العراق .
٥٠ - فتح البارى شرح صحيح البخارى :
أحمد بن علىّ بن حجر العسقلانى .
انظر : الجامع الصحيح للإمام البخارى .
٥١ - فتح القدير شرح الهداية :
كمال الدين محمد بن عبد الواحد السيوسى المعروف بابن الهمام .
مصطفى البابى الحلبى - القاهرة ، الطبعة الأولى ، سنة ١٣٨٩ هـ .
٥٢ - فصيح ثعلب والشروح التى عليه :
أبو العباس ثعلب .
تحقيق : د . محمد عبد المنعم خفاجى .
الطبعة الأولى ، سنة ١٣٦٨ هـ .
الناشر : مكتبة التوحيد بدرب الجماميز - القاهرة .

٥٣ - قواطع الأدلة فى أصول الفقه :
أبو المظفر السمعانى .
مخطوط رقم (٦٢٧) ، فيض الله أفندى - تركيا .
٥٤ - قوانين الأحكام الشرعية :
محمد بن أحمد بن جزى الغرناطى المالكى .
الناشر : دار العلم للملايين - بيروت .
٥٥ - الكافى فى فقه أهل المدينة :
أبو عمر يوسف بن عبد الله بن عبد البر النمرى .
تحقيق : د . محمد أحمد الموريتانى ، الطبعة الأولى ، سنة ١٣٩٨ هـ .
٥٦ - كتاب المجروحين من المحدِّثين والضعفاء والمتروكين :
محمد بن حبان بن أحمد بن أبى حاتم البستى .
تحقيق : محمود إبراهيم زائد .
دار الوعى - حلب ، الطبعة الأولى ، سنة ١٣٩٦ هـ .
٥٧ - كشف الأسرار عن أصول البزدوى :
علاء الدين عبد العزيز أحمد البخارى .
الناشر : دار الكتاب العربى ، الطبعة الثانية - بيروت .
٥٨ - الكامل فى ضعفاء الرجال :
أبو أحمد عبد الله بن عدى الجرجانى .
دار الفكر - بيروت ، الطبعة الثانية ، سنة ١٤٠٥ هـ .

٥٩ - لسان العرب :

ابن منظور جمال الدين بن محمد بن مكرم الأنصارى .

طبعة مصورة عن طبعة بولاق .

الدار المصرية للتأليف والنشر .

٦٠ - اللباب فى الجمع بين السُنَّة والكتاب :

أبو محمد علىّ بن زكريا المنبجى .

تحقيق : د . محمد فضل عبد العزيز المراد .

الناشر : دار الشروق - جدة .

الطبعة الأولى ، سنة ١٤٠٣ هـ .

٦١ - لسان الميزان :

أحمد بن علىّ بن حجر العسقلانى .

منشورات المجلس الأعلى للمطبوعات - الهند .

مصورة عن الطبعة الأولى ، سنة ١٩٧١ - بيروت .

٦٢ - المبسوط :

شمس الأئمة السرخسى .

الطبعة الثالثة بالأوفست ، سنة ١٣٩٨ هـ ، دار المعرفة - بيروت .

٦٣ - مجمع الأنهر شرح ملتقى الأبحر :

شيخ زاده .

الطبعة الأولى ، سنة ١٣٠٩ هـ - تركيا .

٦٤ - المجموع شرح المهذب :
أبو زكريا محيى الدين بن شرف النووى .
علق عليه : محمد نجيب المطيعى .
الناشر : مكتبة الإرشاد - جدة .
٦٥ - مختصر الطحاوى :
أبو جعفر أحمد بن محمد الطحاوى .
دار الكتاب العربى - القاهرة ، سنة ١٣٧٠ هـ .
٦٦ - مختصر القدورى (مع الجوهرة) :
أبو الحسين أحمد بن محمد القدورى .
٦٧ - مختصر المزنى (مع الأم) :
أبو إبراهيم إسماعيل بن يحيى المزنى .
انظر : الأم .
٦٨ - مختلف الرواية :
علاء الدين بن محمد السمرقندى .
مخطوط رقم (١٨٨) ، عثمانية - حلب .
٦٩ - المدونة الكبرى :
الإمام مالك بن أنس برواية سحنون .
مطبعة دار السعادة - مصر .
٧٠ - المستدرك على الصحيحين :
أبو عبد الله الحاكم النيسابورى .
الناشر : دار الكتاب العربى - بيروت .

٧١ - المسند (المتن) :
الإمام أحمد بن حنبل .
دار صادر - بيروت .
٧٢ - مصنف ابن أبى شيبة « الكتاب المصنف فى الأحاديث والآثار » :
عبد اللّه بن محمد بن أبى شيبة .
تحقيق : عامر العمرى الأعظمى .
الناشر : مختار أحمد الندوى ، الدار السلفية ، بومباى - الهند .
٧٣ - المصنف :
أبو بكر عبد الرزاق بن همام الصنعانى .
تحقيق : حبيب الأعظمى .
الطبعة الأولى ، سنة ١٣٢٢ هـ .
٧٤ - المصباح المنير فى غريب الشرح الكبير للرافعى .
أحمد بن محمد بن علىّ الفيومى .
الناشر : المكتبة العلمية - بيروت .
٧٥ - معالِم السنن على سنن أبى داود :
حمد بن محمد بن إبراهيم الخطابى .
انظر : سنن أبى داود .
٧٦ - معانى القرآن :
أبو إسحاق إبراهيم بن السرى .
تحقيق : د . عبد الجليل عبده شلبى .
عالَم الكتب - بيروت ، الطبعة الأولى ، سنة ١٤٠٨ هـ .

٧٧ - معانى القرآن :
أبو زكريا يحيى بن زياد الفرّاء .
عالم الكتب - بيروت ، الطبعة الثانية ، سنة ١٩٨٠ .
٧٨ - المغنى شرح مختصر الخرقى :
أبو محمد عبد الله بن أحمد بن قدامة المقدسى .
تحقيق : د . عبد الله التركى ، و د . عبد الفتاح الحلو .
دار هجر للطباعة والنشر - القاهرة ، الطبعة الأولى ، سنة ١٤٠٦ هـ .
٧٩ - المقنع فى فقه الإمام أحمد بن حنبل :
موفق الدين عبد الله بن أحمد بن قدامة المقدسى .
مكتبة الرياض الحديثة - الرياض ، سنة ١٤١٠ هـ .
٨٠ - المنتقى شرح الموطأ :
أبو الوليد سليمان بن خلف الباجى الأندلسى .
الطبعة الثانية ، دار الكتاب العربى - بيروت .
٨١ - المنتقى من السنن المسندة عن رسول الله ﷺ :
أبو محمد عبد الله بن علىّ بن الجارود النيسابورى .
تعليق : عبد الله هاشم يمانى .
مطبعة الفجالة الجديدة - القاهرة ، طبعة سنة ١٣٨٢ هـ .
٨٢ - المنهاج مع شرحه مغنى المحتاج :
أبو زكريا محيى الدين بن شرف النووى .
مطبعة مصطفى البابى - القاهرة .

٨٣ - الموطأ مع المنتقى :

الإمام مالك بن أنس إمام دار الهجرة .

انظر : المنتقى شرح الموطأ .

٨٤ - المهذب :

أبو إسحاق إبراهيم الشيرازى الشافعى .

مصطفى البابى الحلبى - القاهرة .

الطبعة الثالثة ، سنة ١٣٩٦ هـ .

٨٥ - النجوم الزاهرة فى أخبار مصر والقاهرة :

جمال الدين بن أبى المحاسن يوسف بن تغرى بردى الأتابكى .

المؤسسة المصرية العامة للنشر والترجمة - القاهرة .

٨٦ - نصب الراية لتخريج أحاديث الهداية :

جمال الدين أبو محمد عبد الله بن يوسف الزيلعى .

الناشر : المكتبة الإسلامية - استانبول ، الطبعة الثانية ، سنة ١٣٩٣ هـ .

٨٧ - النكت فى المسائل المختلف فيها بين الشافعى وأبى حنيفة :

أبو إسحاق إبراهيم بن علىّ الفيروزآبادى الشيرازى .

مخطوط رقم (١١٥٤) ، مصور عن أحمد الثالث .

٨٨ - النهاية فى غريب الحديث والأثر :

مجد الدين أبو السعادات المبارك محمد الجزرى (ابن الأثير) .

تحقيق : طاهر أحمد الزوى ، ومحمود الطناحى .

الناشر : المكتبة الإسلامية .

٨٩ - الهداية (مع فتح القدير) :

برهان الدين عليّ بن أبى بكر المرغينانى .

الطبعة الأولى ، مطبعة مصطفى البابى - مصر .

٩٠ - هدية العارفين فى أسماء المؤلفين وآثار المصنفين :

إسماعيل باشا .

الناشر : مكتبة المثنى - بغداد .

* * *

بسم الله الرحمن الرحيم

«« كتاب البيوع »»

٧٩ /ب

مسألة :

بيع الغائب باطل في أحد قولي الشافعي رضي الله عنه .[١]

وعندهم : جائز[٢] وهو القول الآخر .[٣]

وفي المسألة تفاصيل وفروع مذهبية تذكر في شرح المذهب .

والمبيع الغائب : هو الذي لم يره المشتري أصلاً .

لنـــا :

ان المبيع مجهول عند العاقد فلايجوز عقده عليه ، كما لو قال : بعتك شيئاً ولم يسمّه ، أو قال : بعتك عبداً وله عبيد كثيرة .

---

(١) النكت : ورقه ٢٦/أ ، المهذب :١/ ٣٥٠ ، المجموع :٩/ ٢٩٠ قال النووي في المجموع وهو أصح القولين .وبه قال الشعبي والنخعي والحسن والأوزاعي ، واسحاق والامام أحمد فـــي أظهر الروايتين عنه .انظر : المغني : ٣١/٦ ، الافصاح : ٣١٩/١ .

(٢) البيع جائز ، وللمشتري الخيار اذا رأى ..
أنظر : الاسرار ٨٦/٢/أ مراد ملا . اللباب في الجمـــع بين السنة والكتاب : ٤٨٨/٢ ، فتح القدير: ٣٣٥/٦ ، رؤوس المسائل ص ٢٧٣ مختصر القدوري :٢٥١/١ (مع الجوهرة) ، البدائع : ٣٠٥٣/٦ ،المبسوط :٦٨/١٣ ، ٦٩ ، مختصر الطحاوي: ص٤٨ مختلف الرواية :ورقه ١٥٨/ب ، وهو أحد الروايتين عن الامام أحمد : المغني ٣١/٦ .

(٣) النكت : ورقة ١٢٦/أ .

وانما قلنا " إنه مجهول " لأن سبب علمه لم يوجد ، لأن طريق العلم بالأعيان هو رؤيتها وقد فقدت الرؤية للمبيع في مسألتنا ، فدل ان العلم به مفقود .

فإن قالوا : إن لم توجد الرؤية فقد وجد سبب آخر للعلم بالمبيع وهو الخبر عن وجوده .

قلنا :الخبر عن وجوده لايفيد علما بوجوده ، وإنما يفيد ظناً فحسب ، فإن مع الخبر بوجوده يجوز أن يكون غير موجود ولايتصور وجود العلم مع هذا التجوز، فدل انه لامطمع لوجود العلم بالخبر في مسألتنا .

فإن زعموا : أن الخبر في الجملة يفيد العلم وهو خبر التواتر .

قلنا : ذاك خبر بوصفٍ، والكلام في نفس الخبروهو غير مفيد للعلم بحال .

فإن قالوا : إن الظن الحاصل بالخبر يكتفي لبناء جواز البيع عليه .

قلنا : ولِمَ والنزول من العلم الى الظن والإقتناع به لايجوز إلا لحاجة ولا حاجة في مسألتنا فان التوصل الى وجود العلم حقيقة ممكن وهو ان يطلب الرؤية ولاحرج في طلبها فلامعنى للإكتفاء بالظن .

فإن قالوا : ولِمَ قلتم ان أصل العلم بالمبيع شرط للجواز ؟

قلنا : لأن المبيع إنّما يراد لمقصود وهو تحصيل ما فيه غبطة فان الشراء على خلاف هذا سفه ، والسفه حرام منهي عنه ولايتم هذا المقصود إلاّ فيما يحيط علم المشتري به فأما مالايحيط علمه به فلايوجد .

ولأن الجهل بالوصف عندهم قادح في المبيع بدليل انه يسلب اللزوم منه ، والجهل بالعين فوق الجهل بالوصف فلابد له من عمل وقدح ، ولايجوز أن يكون عمله في سلب اللزوم ، لأنه قد حصل بالجهل بالوصف فلم يبق له عمل سوى سلب الصحة .

ويدل عليه : أنه لو باع من انسان شاة من قطيع يختار أيّها شاء فانه لايجوز ، وكذلك في العبد من العبيد الأربعة فما زاد ، ولاسبب سوى الجهل بالمبيع وقد ذكر كثير من أصحابنا في هذه المسألة : ان فقد الرؤية لايوجب إلاّ الجهل بالوصف . غير انه كافٍ لافساد العقد لأنه يضاهي الجهل بالعين .

وبيان انه يضاهي الجهل بالعين : أن المقاصد تختلف باختلاف الأوصاف كما تختلف باختلاف الأعيان ، ولأن المالية هي الركن في البياعات والأوصاف هي المنظور اليها في المالية فانها تكثر بكثرة الأوصاف وتقل بقلة الأوصاف .

فدل أن الجهل بها يضاهي الجهل بالعين .

واستدل أيضاً كثير من أصحابنا في هذه المسألة : بفصل الخيار وقالوا : قد ثبت خيار في هذا البيع لايسقط بالإسقاط وهذا علامة فساد البيع بدليل سائر البياعات الفاسدة .

يبينه : ان الزام العقد تقرير المشروع وتقرير المشروع مشروع وحين لم يلزم البيع في مسألتنا بالإلزام قبل الرؤية دل ان امتناع اللزوم قد كان لفساد العقد، وحرروا وقالوا: جهل يمنع لزوم العقد مع الرضا باللزوم فيمنع جوازه .

وعندي ان كلا الطريقين معترض ، والإعتماد على الأول وسيظهر من بعد .

وأما حجتهم :

تعلقوا أولاً : بما رووا عن النبي عليه السلام قال : (مَنْ اشترى شيئاً لم يره فهو بالخيار اذا راءه "[١])

وهذا نص ، لأن الخيار لايثبت إلاّ في شراء جائز .

قالوا : ولايجوز أن يحمل هذا على التخيير بين الشراء وتركه اذا رآه ، لأن

---

(١) رواه البيهقي في سننه (٥/٢٦٧) باب من قال يجوز بيع العين الغائبه والدارقطني في سننه ٥/٣

النبي عليه السلام أثبت خياراً له لعدم رؤيته المبيع وذلك الخيار لايثبت لعدم رؤيته المبيع وانما ثبت للولاية الأصلية الثابته له بحريته ومالكيته كما له الخيرة في كل الأشياء قولاً وفعلاً ·

وابطلوا أيضاً تأويل من أول من أصحابنا وحملهم على ما إذا كان رآه من قبل ثم اشتراه ورآه متغيراً عما كان من قبل ·

وقالوا : هذا الخيار ليس خيار عدم الرؤية انما هو خيار تغيير المبيع عما علمه واستحقه على ظاهر المبيع وهو يشبه خيار العيب .

وتعلقوا أيضاً باجماع / الصحابة .[١] ٨٠/أ

ورووا مثل مذهبهم عن عثمان[٢] وطلحة بن عبيد الله[٣] وعبد الرحمن بن عوف وأبي هريرة[٤] وابن عمر[٥] في حوادث مختلفة .

وأما المعنى قالوا :

باع عيناً مملوكة مقدوراً على تسليمها فصح كما لو باع المرئى وهذا لأن البيع تصرف فصحته بأهلية الفاعل له ووجود محلية الفعل واتصال شرطه به ، وقد اجتمعت هذه المعاني في مسألتنا : أما أهلية الفاعل فهو مما لا اشكال فيه ، وكذلك محليه الفعل لأن محل البيع عين مملوكة فان البيع لما كان مشروعاً لنقل

---

(١) انظر : شرح معاني الآثار للطحاوي ٩/٤ ، الاسرار ٨٦/٢/ب مراد ملا ·

(٢ ، ٣) انظر : شرح معاني الآثار ١٠/٤ ، سنن البيهقي ٢٦٨/٥ .

(٤) رواه البيهقي في سننه : ٢٦٨/٥ ·

(٥) رواه الطحاوي في شرح معاني الاثار : ١٠/٤ ·

الملك فلايستدعى من المحل إلاّ عينا مملوكة للعاقد لنقل الملك في المحل الى غيره وأما الشرط فهو القدرة على التسليم ، وقد وجد في مسألتنا ، هذا لأن المسألة مصورة فيما إذا كان قادراً على تسليم المبيع وإذا كان عاجزاً فلا تكون هذه المسألة .

قالوا : ولايجوز أن يكون المانع للصحة هو الجهل بالمبيع ، لأن المبيع معلوم الوجود بدليله ، كما إذا كانت الدابة واقفة مجللة أو الجارية واقفة متنقبة فقد صار المبيع معلوم الوجود برؤيته مستوراً فانه لاشك انه رآه مستتراً وتميز عن غيره بالإشارة اليه فحصل العلم به من هذا الوجه .

يبينه : انه ليس العلم المطلوب سوى الوجود وقد علم الوجود قطعاً وأما إذا كان غائباً عن مجلس العقد صار معلوم الوجود بالخبر وهذا العلم وان لم يمكن تحقيقه من حيث القطع واليقين ولكن هو كافٍ لبناء جواز العقد عليه بدليل ما لو قال : "هو ملكي فاشتره مني" يقبل قوله ، ويبتنى عليه جواز العقد فكذلك إذا قال : انا وكيل فلان أو مضاربه أو شريكه .

وحرفهم الملخص أن حجة وجود المبيع قد وجد في الشرع فصح العقد بناء عليه .

وأما قولهم " انه غير موجود " .

ساقط ، بدليل ما بينا من المسائل ، وبدليل انه لو رأى شيئاً ثم اشتراه بعد شهر وهو غائب عن مجلس العقد يجوز ، والتوّهم الذي قلتم موجود في هذه الصورة ، لأنه لايجوز أن يكون هلك في هذه المدة ، وهذا حرف مشكل على الذي اعتمدناه وبهذا يبطل ما ادعاه اصحابنا من الغرر لأنه ليس معنى الغرر سوى أن وجود المبيع على حظر وهذا المعنى موجود في هذه المسألة ومع ذلك صح

العقد ، وهذا لأن الوجود إذا وجد بحجته في المعاملات الشرعية سقط اعتبار التّجوزات والتّوهمات .

قالوا : ولايجوز أن يقال أن الوصف مجهول أن لم تكن العين مجهولة وبجهالة الوصف يبطل العقد ، لأن جهالة الوصف لاتكون مبطلاً للعقد ، لأنه غير معقود عليه بدليل انه بفواته لايسقط شئ من الثمن ، ولأنه بيع عين فالمعقود عليه العين بخلاف السلم فانه بيع بوصف فيكون الوصف معقوداً عليه.
يبينه : أن الأوصاف اتباع وجهالة التبع لاتوجب بطلان العقد في المتبوع .
ألا ترى أن بيع الحمل لايجوز وهو بيع غرر فلو باع الجارية وهي حامل يجوز ، والغرر في التبع لايوجب بطلان العقد في المتبوع .
يدل عليه : أن الجهل بالوصف لايكون فوق فقد الوصف ثم فقد الوصف لايوجب بطلان العقد فالجهل بالوصف أولى .

قالوا : وقولكم " أن الجهل بالوصف يضاهي الجهل بالعين " دعوى . وقولكم " أن المالية تختلف باختلاف الصفات " بلى ، ولكن جهالة قدر المالية غير مانعة من جواز العقد بدليل انه لو باع صُبرة لايعلم قدرها فانه يجوز، وان جهلت قدر المالية فيها .

قالوا : ومَنْ رجع من أصحابكم الى فصل العرف والعادة وزعم أن طريق العلم بالمبيع هو الرؤية، لأنها هي المطلوبة في العادة .
فالكلام عليه بهذا الطريق وهو أن الرؤية تطلب في العادة لاليعلم المبيع ولكن ليعلم صفات المبيع ، فإن الوقوف على الصفات مطلوب فطلبت الرؤية لهذا المعنى لا، لأجل حصول العلم بالمبيع ، فان العلم بالمبيع قد حصل بطريق لايمكن دفعه إما تعييناً بالإشارة أو علم ظاهر بالخير وفيه كفاية .

قالوا : ولأجل الجهل بالصفات قلنا : لايلزم العقد ، وهذا لأن اللزوم وصف

العـقـد فـالجـهـل بالوصف سلب وصف العـقـد كـمـا أن الجهل بالعين سلب أصل العقد ليكون الوصف في مقابلة الوصف والأصل في مقابلة الأصل ·

وأما عدم اللزوم مع الرضا باللزوم كان لأجل الخبر فان الخبر اقتضى ثبوت الخيار عند الرؤية ، وإذا ألزم العقد سقط بالخيار عند الرؤية فيكون فيه تغيير شرع ثبت بالنص فالمحافظة على هذا النص منعنا لزوم العقد بالإلزام ، اللهم إلاّ أن يحصل حكما لا بالإلزام بأن يعتق العبد أو يكاتبه أو يموت لأنه حينئذ يكون السقوط محلاً به على الشروع لا على تغير من قبله ·

وربما يقولون تعلق بفوات اللزوم في مسألتنا / حق الشرع كما يتعلق بفساد العقد ٨٠/ب عند الجهل بالعين حق الشرع ثم لو تراضيا على العقد في مجهول العين لايجوز، كذلك إذا تراضيا على اللزوم في مجهول الوصف لايجوز ·

وقال بعضهم : أن الرضا التام لايوجد في غير المرئي ، لأن الرضا بحصول العلم بالصلاحية ولاتعرف الصلاحية الكاملة إلا بعد الرؤية ، وإنما الرضا قبل الرؤية مجازفة لارضا .

هذا جملة كلامهم في هذه المسألة .

وقد قال بعضهم : أن أصل الجهل بالمبيع غير مفسد للعقد وانما المفسد هو العجز عن التسليم بما يؤدي اليه هذا الجهل من المنازعة ، وعينوا فيما إذا باع عبداً من العبيد أو ثوب من الثياب وكذلك في السلم إذا أسلم ولم يذكر الوصف يفسد لهذا :

واستدلوا في أن مجرد الجهل بالمبيع غير مانع من جواز العقد بما لو باع قفيزاً من صُبرة يجوز، ولو باع شاة من قطيع لايجوز والجهل في الموضعين واحد ، وانما افترقا ، لأن الجهل في أحد الموضعين لايؤدي الى المنازعة بخلاف الموضع

الآخر ، وفي مسألتنا الجهل بفقد الرؤية لايؤذي الى المنازعة ، لأن المسألة مصورة في مثل هذا الموضع فوجب أن لا يمنع جواز العقد .

وربما يستدلون بالجهل بالجنس أو النوع أو قدر المالية وقالوا : إذا لم تمنع هذه الجهالات جواز العقد ، كذلك الجهل بالعين . ومعتمدهم الطريقة الأولى .

الجواب :

أما الخبر فلا يثبت أصلاً .

وقال الدارقطني [١] : " رواه عمر [٢] بن ابراهيم الكردي وهو وضاع للحديث. [٣]

والجملة لو ثبت لقلنا به .

وأما آثار الصحابة :

فالأشهر من القصص قصة المبايعة بين عثمان وطلحة وانما رواها سعيد بن المسيب [٤] ولاتصح روايته نقلا عن أحد من العشرة إلا عن سعد بن ابي وقاص.

ويحتمل انهم لم يروا ما اشتروه عند العقد ، وقد كانوا رأوه من قبل .

---

(١) انظر : سنن الدارقطني ٣/٥ .

(٢) عمر بن ابراهيم بن خالد الكردي الهاشمي مولاهم ، عن عبد الملك بن عمير وعن ابن ابي ذئب وشبة وبقي الى ما بعد العشرين ومائتين . اهـ . انظر : لسان الميزان ٤/٢٨١ .

(٣) انظر : سنن الدارقطني ٣/٥ .

(٤) رواها البيهقي في سننه : ٥/٢٦٧ ، باب من قال يجوز بيع العين الغائبة .
وعبد الرزاق في مصنفه : ٨/٤٦ ، باب البيع على الصفة وهي غائبة .

وأما المعنى الذي تعلقوا به :

قولهم " باع مملوكة مقدوراً على تسليمها " .

قلنا : بلى ، ولكنها مجهولة ، والعلم بالمبيع شرط لصحة العقد فإذا لم يكن معلوماً له فقد شرط صحة البيع ·

يبينه : انه كيف يكون عالماً بالمبيع ولو رآه لم يمكنه أن يميز بينه وبين غيره وأدنى شواهد العلم أن يميز بينه وبين غيره مما لايعلمه .

وهم يقولون على هذا انما لايميز بينه وبين غيره للجهل بالوصف لا للجهل بالعين، وأيضاً يقولون أيش معنى قولكم " انه غير عالم بالمبيع " ؟ أن عنيتم بوجود عينه فقد ذكرنا انه قد عرف الوجود بدليله وان عنيتم ماوراءه فليس إلا الصفات وقد ذكرنا أن الجهل بالصفة غير مانع·

قلنا : نعني به الجهل بوجوده ·

قولهم " أن الوجود ثبت بدليله ·

قلنا : ما ثبت ، لأن دليل الوجود هو الرؤية ونعني بالدليل ما يوصل الانسان الى علمه بوجود الشئ .

فإن قالوا : الخبره أيضا دليل ·

قلنا : الدليل الأصلي هو الرؤية فانا انما نقبل الخبر من المخبر بتقدير رؤيته فيعتمد السامع رؤيته فيقدر في نفسه وجوده باعتماده على حياته برؤيته ويصير السامع كالرائي تقديراً .

ويمكن أن يقال أيضاً أن العلم الذي يحصل بالرؤية وهو علم الإحاطة بالشئ لايحصل بالخبر وقد ثبت أن النبي عليه السلام قال : ليس الخبر كالمعاينة " .[1]

---

(١) رواه أحمد في المسند : ١/ ٢١٥ ، ٢٧١ .

فثبت أن الأصل هو الرؤية ، ولابد في مسألتنا من الوجود لجواز العقد وانما نعرض عن الأصل ونصير الى غيره لحاجة وضرورة ولاحاجة في الإكتفاء بالخبر ، لأن التوصل الى الرؤية ممكن من غير ضرورة ولا حرج ، وأيضاً فانما ننزل عن هذا الأصل الى الخبر إذا كان الخبر يفيد ما تفيده الرؤية ولايفيد ، لأن علم الإحاطة بالشئ من جميع وجوهه لايحصل بالخبر .

ولأن الخبر لايقطع التّجوز والتّوهم والرؤية قاطعة له فلم يقم مقامها وخرج على ما قلنا ما أوردوا من المسائل . لأن في طلب اسباب الملك رؤية وعياناً وطلب التوكيلات والتفويضات وعقود المعاملات مشاهدة ومحسوساً حرج عظيم وضرر شديد بخلاف مسألتنا .

يبينه : أن المطلوب في هذه المسائل نفس العلم ، وفي مسألتنا انما يراد العلم بالمبيع لمقصود وهو تحصيل مقصود البيع ، وانما يحصل مقصود البيع بعلم يصدر عن الرؤية، لأنه يوجب الإحاطة بالشئ من جميع وجوهه فيعلم انه مغبون أو مغبوط .

فأما الخبر فلا ، فتعين الرؤية طريقاً للعلم بهذا الوجه .

وأما إذا كان رأى المبيع من قبل فانما جاز لأنا نقدر الرؤية هناك قائمة باقية ، ولهذا جعل العقد عليه كالعقد على الحاضر من كل الوجوه بدليل لزوم العقد .

وقولهم : " انه يجوز انه هلك " .

قلنا : هذا التجوز ساقط ، لأن دليل الوجود مقطوع به والهلاك موهوم / فلايعارض ما علمنا بدليل مقطوع به .   ٨١/أ

(=) وذكره ابن عبد البر في الاستذكار : ٤٩/١ وقال : " لم يروه غير ابن عباس " . والقرطبي في تفسيره (٢٩٨/٣ ، ١٧١/٢٠) .

وفي مسألتنا : لايوجد مثل هذا فرجعنا الى الدليل الأصلي على ما سبق بيانه الى هذا الموضع انتهت حقيقة المسألة .

وأما الصورة التي ذكروها في الدابة المجللة والجارية المنقبة فنقول : التصوير في موضع مخصوص ليس من عادة المحققين ، ثم يقال في هذه الصورة تأتي طريق صار المبيع معلوماً أن قلتم بالرؤية فنحن نعلم قطعاً انه لم ير المبيع ، وان قلتم بالإشارة ، فالإشارة لتمييز المشار اليه من غيره لا لإعلام ·

ألا ترى انه يعلم أعيانا بالرؤية ثم يشير الى واحد منها لتمييزها بالإشارة من غيرها فالطريق في هذه الصورة هو المجادلة وطلب اظهار طريق العلم بالمبيع ، والتحقيق ما سبق من قبل ·

وأما ما اعترضوا على فصل الجهل بالوصف وكونه مفسداً للعقد ·

فتلك اعتراضات واقعة ، وليس الإعتماد إلا على وجود الجهل بالعين .

وأما ما اعترضوا به على فصل الخيار : ففصل الخيار في الإلزام لابأس به ، وأما الإعتماد عليه ابتداء فبعيد ، لأن التعلق بحكم على أصل المخالف لإثبات المذهب ليس من شأن المحققين ، والاعتراض الذي قالوه ضعيف ، لأن في الإعتراض الأول تعلقوا بالخبر ، والخبر غير ثابت ، وعلى انه يدخل على ما قالوه إذا فسخ العقد قبل الرؤية فانه يجوز عندهم ، وفيه اسقاط الخيار أيضاً ، وان كان بواسطة ابطال العقد ·

والعذر الثاني الذي قالوه من تعلق حق الشرع بالخيار فبعيد أيضاً ، لأنه ليس عليه دليل ، ولأنه يدخل عليه سائر أنواع الخيار ·

وقولهم " أن الرضا لايوجد على التمام قبل الرؤية " .

قلنا : يوجد ، لأنه يقول : رضيتُ على أيّ وصفٍ كان المبيع مثل ما يقول في

الرضا بالعيوب والطريقة الأخيرة ليس بشئ وقد سبق الدليل .

أما إذا باع قفيراً من صُبرة لايجوز إلا إذا كانت الصُبرة معلوم القفزان فيصير القفيز الواحد معلوما من حيث الجزئية من جملة الصبرة ، وينتقض بما لو قال : بعت شاة من هذا القطيع فيختار أيّها شئت فانه لايجوز ، وليس المانع سوى الجهالة لأنه لامنازعة في هذه الصورة .

وكذلك في العبيد الأربعة ومناقضتهم بالعبيد الثلاث معلومة وليس لهم عنهما عذر يبالي به والله أعلم بالصواب .

﴿ مسألة ﴾

خيار المجلس ثابت عندنا في البيع ، وما هو في معناه .[١]

وعندهم : لايثبت أصلاً .[٢]

لنا : حديث ابن عمر أن النبي ﷺ قال : المتبايعان كل واحد منهما على صاحبه بالخيار ما لم يتفرقا إلا بيع الخيار " .[٣]

هذا اللفظ رواية مالك[٤] .

---

(١) النكت :ورقه ١٢٩/أ ، المهذب :٣٤٣/١ ، الأم ٣/٣ ، المجموع :١٧١/٩ ، معالم السنن :٧٣٣/٣ تهذيب الاحكام : ورقه ٣/أ ـ كتاب البيع ـ .

وهو قول الحنابلة انظر : المغني ١٠/٦ ، الافصاح ٣٢١/١ ، المقنع

قال ابن قدامة " ويروى ذلك عن عمر وابن عمر وابن عباس وابي هريرة وابي برزة ، وبه قال : سعيد بن المسيب وشريح والشعبي وطاووس والزهري ، وعطاء والاوزاعي وابن ابي ذئب " .

وذكر هؤلاء الخطابي في المعالم :٧٣٣/٣ ، وهو قول ابن حبيب من المالكية . المنتقى ٥٥/٥ .

(٢) الاسرار :١٠٢/٢ / أ .

شرح معاني الآثار :١٧/٤ ، مختصر القدوري :٢٣٨/١ (مع الجوهرة) بدائع الصنائع ٣٢١١/٧ .

وهو قول المالكية ، انظر : الاشراف للبغدادي :٢٤٩/١ ، الموطأ :٥٥/٥ مع المنتقى ، قوانين الاحكام : ص ٣٠٠ ، الكافي في فقه أهل المدينه : ٧٠١/٢ .

(٣) رواه النسائي في سننه : (٢١٨/٧)

وأبو داود في سننه : (٧٣٥/٣) مع المعالم ، باب في خيار المتبايعين .

(٤) انظر : الموطأ : ٥٥/٥ مع المنتقى ، باب بيع الخيار .

وروى حماد بن[١] زيد عن أيوب عن نافع عن ابن عمر أن النبي عليه السلام قال: كل بيّعين بالخيار ما لم يتفرقا أو يقول أحدهما لصاحبه اختر " .[٢]
والخبر نص في موضع الخلاف .

قالوا : هذا خبر واحد ورد فيما تعم به البلوى وعندنا لايقبل خبر الواحد في هذه الصورة [٣] لأن ما تعم به البلوى ينبغي أن يكون بيان حكمه علينا لعموم الحاجة فإذا كان حكمه نقله الواحد أو الاثنان فهو يدل على أن أصله غير ثابت، ثم حملوا الخبر على المتساومين .[٤]

وقالوا : عندنا لهما الخيار : اما المشتري ففي القبول والرجوع .
وأما البائع ففي الثبات والرجوع .

قالوا : ويجوز أن يسمى المتساومان متبايعين على طريق المجاز . وهذا لأنهما تعدا للبيع وتهيأ له فاستقام أن يسميًا باسم المباشر له توسعاً، ألا ترى

---

(١) في المخطوط (عن) والتصويب من معاني الآثار .

(٢) رواه بسند آخر ولفظه " كل بيعين بالخيار ما لم يتفرقا أو يكون بينهما خيار " .
ورواه النسائي في سننه ٧/ ٢٢٠ ، ٢٢١ ، بلفظ (كل بيعين .....) .
ورواه البخاري في صحيحه ٤/٣٢٨ مع الفتح بلفظ " البيعان بالخيار ...) بنفس السند ، باب إذا لم يؤقت الخيار هل يجوز الفسخ .
ورواه الطحاوي في شرح معاني الآثار : ٤/١٢ .
وأبو داود في سننه (٣/٧٣٥ ، ٧٣٦) .

(٣) الاسرار: (٢/١٠١/أ) ولفظه: " .. وأنه باب مما تعم به البلوى فلا يقبل فيه الغريب

(٤) وذكر هذا المعنى الباجي في المنتقى عن مالك (٥/ ٥٥) .

ان النبي عليه السلام قال : لايبيع احدكم على بيع أخيه " [١] والمراد منه لايسنام على سوم أخيه ، وانما سماه بيعاً على طريق المجاز .كذلك هاهنا .

الجواب

أن الخبر إذا ثبت فسواء أكان فيما يعم به البلوى أو فيما لايعم به البلوى فلابد من اتباعه والحكم به ·

وقد قلتم أن الوتر واجب ، والقراءة عن المقتدي ساقط بخبر الواحد وهو مما يعم به البلوى والحاجة .

وقولهم : إذا كانت الحاجة بهذا الحكم عامة وجب أن يكون البيان عن طريق الإستفاضة والعموم" .

قلنا : لا ، فإن البيان العام يجوز أن يقع بخبر الواحد ، وهذا لأن التوصل الى معرفته ممكن لكل واحد ، وإذا أمكن التوصل الى معرفته لكل واحد تم البيان ووقعت الغُنية والكفاية ، وبهذا الطريق اوجبوا الوتر بخبر الواحد ، وكذلك اسقطوا القراءة خلف الإمام بخبر الواحد ، وأمثال هذا يكثر ·

وأما التأويل : فباطل ، لأنه عليه السلام قال : المتبايعان كل واحد منهما بالخيار فلابد من وجود التبايع ليبتنى عليه هذا الخيار ·

أما قولهم " أن هذا الاسم يصح اطلاقه على المتساومين بطريق المجاز " .[٢]

قلنا : / العبرة للحقيقة ولايصار الى المجاز إلاّ بدليل . ٨١/أ

فان قالوا : أن اسم المتبايعين لهما بعد الفراغ مجاز أيضاً .

---

(١) رواه البخاري في صحيحه (٣٥٣/٤) مع الفتح ، باب لايبيع على بيع أخيه .....

(٢) ذكره في اللباب (٤٨٦/٢) ·

وإنما الحقيقة لهذا الاسم حين اشتغالهما بالتبايع كالمتشاتمين والمتضاربين .

قلنا : ليس كذلك ، فان العقد قائم حقيقة بعد الفراغ لقيام حكمه ولأن الشرع حكم ببقاء العقد بدليل جواز الاقالة والرد بالعيب وغيره ولولا بقاء العقد لم يتصور ملك الفسخ .

يبينه : أن النبي عليه السلام قال (إلا بيع الخيار) .[١]

وفي رواية : " أو يقول أحدهما لصاحبه اختر "[٢] وكلا اللفظين صحيح ، ولامعنى لهذا اللفظ إلا على هذا المذهب .

فأما التأويل الذي صاروا إليه فهذا اللفظ لغو باطل ، ولأن ابن عمر وهو راوي الحديث فهم الذي قلناه حتى روى انه كان إذا اشترى شيئاً مشى خطوات ليلزم البيع ".[٣]

والمعتمد لنا : هو السنة ، وسنبين المعنى بقدر الإمكان في الجواب عن كلماتهم

وأما حجتهم :

قالوا : عقد معاوضة فيلزم بنفسه .

دليله : النكاح .

وبعضهم قال : عقد معاوضة فيكون الأصل فيه الثبات والقرار .

وأما فقههم :

قالوا : البيع عقد مشروع يوصف بحكم فوصفه اللزوم وحكمه الملك ، وقد تم

---

(١) سبق تخريجه .

(٢) سبق تخريجه .

(٣) ذكره الخطابي في المعالم :٣/٧٣٣ . ورواه الشافعي في كتاب الام : ٣/٣ .

ورواه البخاري عن نافع قال : " وكان ابن عمر إذا اشترى شيئاً يعجبه أن يفارق صاحبه " ٤/٣٢٦ مع الفتح ، باب كم يجوز الخيار .

البيع فوجب أن يتم بوصفه مفيداً حكمه ·

وأما تأخير ذلك الى أن يفترقا ليس عليه دليل ·

يبينه : أن السبب إذا تم يفيد حكمه ولاينبغي أن يتأخر حكمه إلا بعارض دليل، فمن ادعى العارض فعليه البيان .

وتحقيقهم : هو طلب علة الخيار · قالوا : ولايجوز أن يكون نفس البيع ، لأن البيع إذا كان حكمه الملك واللزوم فلايجوز أن يكون نفسه موجباً ضده ·

وأما المجلس فليس فيه دليل على ثبوت الخيار ، لأن المجلس ليس إلا لزوم المتعاقدين مكاناً واحداً أو بقاءهما في مجلس العقد وهذا لايصلح علة للخيار، وهذا لأن الموجب للخيار دليل يعارض العقد في منع اللزوم مثل شرط الخيار فإنه استثناء وصف اللزوم والعقد يقتضى اللزوم فإذا عارضه ما يسقط اللزوم سقط عمل العقد في اللزوم لأجل المعارضة ، وعلى هذا عمل وجود العيب بالمبيع وكذلك عمل الجهل بالصفة .

فأما هاهنا فلادليل يعارض العقد في سلب اللزوم أو نفي الملك فبقى العقد عاملاً في اثبات حكمه منعقداً بوصفه ·

قالوا : ولايجوز أن يقال أن الخيار انما ثبت نظراً للمتعاقدين لأن النظر ليس إلا لدفع الغبن أن عثر عليه ، والشارع قد شرع الخيار الثلاث لهذه العلة فان في خبر حبّان [١] بن منقذ انه كان يغبن في البيع فقال له النبي عليه السلام

---

(١) حَبّان بن منقذ بن عمرو الأنصاري ثم المازني المدني ، صدوق من الخامسة ، روى له مسلم وأبو داود ، والترمذي ، وابن ماجة . انظر : التقريب ص ٦٢ .

﴿ إذا ابتعت فقل : لاخَلابة [١] وَليّ الخيار ثلاثة أيام ﴾ [٢] وإذا شرع خيار الشرط لهذا النظر ، فلا معنى لشرع خيار آخر .

يبينه : أن هذا النظر لايوجد إلا لخيار يبقى بعد التفرق ، فأما بخيار يتقيد بالمجلس وصاحبه متمكن من مفارقته فلايوجد فيه تمام النظر .

واستدلوا : على أن اللزوم من مقتضى هذا العقد بكونه معاوضة ، وهذا لأن دخول العوض في العقد موجب للزوم العقد بدليل العوض في الهبة ، وبدليل العوض في الطلاق .

وتعلق بعض أصحابهم : بوجود الرضا على الكمال ، ودليل وجود الرضا على الكمال اطلاق العقد ، والعقد عقد مراضاة ، فإذا اطلق العقد فقد كمل الرضا وتمّ .

---

(١) " خلابة " مصدر خلبتُ الرجل إذا خدعته " قاله الخطابي في المعالم ٣/٧٦٦ .
رواه البخاري في صحيحه ٤/٣٣٧ ، مع الفتح ، باب ما يكره من الخداع في البيع .

(٢) نقل ابن حجر عن الرافعي قوله " وجعل لك ذلك ثلاثة أيام ، وفي رواية " ولك الخيار ثلاثاً ، وفي رواية " قل لاخلابة ، واشترط الخيار ثلاثاً " .
ان هذه الروايات في كتب الفقه وليس في كتب الحديث المشهور سوى قوله " لاخلابة " التلخيص الحبير : ٣/٢١ .

وقال النووي في المجموع " واشترط الخيار ثلاثة أيام " فمنكر لايعرف بهذا اللفظ في كتب الحديث

الجواب :

أن سبب الخيار هو نفس العقد وهو موافق لنص الرسول عليه السلام فان في الخبر (المتبايعان بالخيار) .[١]

دل انه ثابت بالتبايع .

والمعنى يدل عليه أيضاً : وذلك لأن البيع سبب للايقاع في الندم والندم مؤثر في اثبات الخيار وانما قلنا ذلك لأن النظر متوقع من الشارع في كل موضع وقعت الحاجة الى النظر ، والندم محوج الى النظر ، فثبت الخيار نظراً .

ثم بيان قولنا " أن البيع سبب للإيقاع في الندم " .

وذلك لأن البيع يخرج العين المبيعة عن ملكه ، وخروج العين المبيعة من ملكه وان كان بثمن سبب للندم ، فان للناس اغراضاً ومقاصد في الأعيان ، والآدمي مجبول على الضعف والتقصير في حقه ، وربما يبيع بيعاً ويرى الغبطة في البيع فإذا وقع البيع وخرج الشئ من ملكه ندم ورأى أن الغبطة كان في ترك البيع وبقاء العين على ملكه، وكذلك في جانب المشتري وهذا معيار متعارف .

وبهذا السبب ثبت لهما خيار الإقالة ، وليس لمعنى إلا الندم وبه ورد النص فإن النبي عليه السلام قال ﴿ من أقال نادماً أقال الله عثرته يوم القيامة ﴾ .[٢]

ولو خلينا والقياس لم تجز الاقالة في عقد فرغ منه وانقضى بحقيقته ولكنها جازت من الشرع نظراً / للمتعاقدين إلا أن ذلك الخيار بندم ٨٢/أ يتفقان عليه ،وهذا الخيار بندمٍ ينفرد به احدهما ولابد من كل واحد منهما ليتم النظر .

وأما فصل شرط الخيار فنقول : " لاتقع الغنية بذلك الخيار عن هذا الخيار ، لأن

---

(١) رواه البخاري في صحيحه ٣٢٨/٤ مع الفتح ، باب " البيعان بالخيار ما لم يتفرقا "

(٢) رواه هذا اللفظ ابن عدي في الكامل : ١٣٣/١ ، ١٣٤ .

ذلك الخيار لندم بغبن يظهر على ما ورد به الخبر ، وهذا الخيار بندم لعقد يقع وكل واحد مؤثر في الندم فإذا كان احدهما يوجب شرع خيار لتلافي ما يحصل به الندم . فكذلك الآخر جاز أن يوجب أيضاً إلا أن أحدهما ثبت شرعاً ، لان سببه العقد والآخر ثبت شرطا لان الشرع اشار اليه وأمر بشرطه والخيار ينقسم الى مشروط ومشروع وان اتفقا في المعنى الموجب للخيار بدليل خيار فقد الصفة فانه تارة يثبت شرعاً لأجل وجود العيب وتارة يثبت شرطاً إذا شرط في العبد انه خبّاز أو كاتب .

وأما فصل التقييد بالمجلس : فانما كان كذلك ، لأنه لما كان سببه نفس العقد تقدر بزمان العقد ، ولأن المقصود والمطلوب بهذا يحصل فانه ليس لندم العثور على الغبن أو للتروّي والتفكير بل هو بسبب ندم يحصل بعين العقد ، وإذا أثبتنا بهذا القدر حصل المقصود فلا معنى لاعتبار الزيادة .

وجملة الكلام أن خيار المجلس خيار نظر فيثبت لقيام الحاجة الى النظر ، دليله: خيار الرؤية وخيار الشرط عند المشارطة .

فإن قالوا : ما السبب ؟ فقد بيّنا .

وقولهم : " أن العقد مشروع بوصف لحكم " .

قلنا : بلى ، ولكنه عارضه دليل في نفي اللزوم وتأخير الملك في زمان المجلس على ما سبق بيانه فصار العقد مفيداً حكمه بعد التفرق لسقوط الدليل المعارض مثل مايفيد حكمه بعد مضي الثلاث لسقوط المعارض .

وأما دخول العوض فلايمنع ثبوت هذا الخيار مثل مالايمنع ثبوت خيار الشرط .

وأما وجود الرضا لايمنع ثبوت الخيار أيضا نظراً مثل خيار الرؤية وهذا لأن الآدمي لما كان مجبولاً على العجز والتقصير في حق نفسه وترك النظر فلايجوز

في حكمة الشرع تخليته والنظر لنفسه بل لابد من انضمام النظر الى نظره من قبل خالقه وايصال لطف إليه باثبات نظرٍ له وان لم يكن حاصلاً باختياره وكسبه وهذا ظاهر للمتأمل .

وقد كانت هذه المسألة خبرية محضة ولم يكن للأصحاب فيها مجال للفقه فصارت المسألة بما استخرجنا من المعنى من المسائل الفقهية ، والتحقت بأخواتها ونظائرها بحمد الله تعالى وتوفيقه . والله أعلم .

﴿ مسألة ﴾

خيار الشرط موروث عندنا .[١]

وعندهم : لايورث .[٢]

لنا :

انه حق من حقوق المال فيورث كسائر حقوق المالية مثل حق الرهن وحق الكفالة وحق حبس المبيع وغيرها وهذا لأن الحقوق محل الإرث مثل الأعيان بدليل قوله عليه السلام : ﴿ مَنْ ترك حقاً أو مالاً فلورثته ﴾ .[٣]

ولأن الحقوق محترمة معصومة مثل أعيان المال فلاتضيع بموته ، لأن الموت غير مضيع للحقوق فانه في الوضع ليس لابطال الحقوق ، واسقاطها انما هو نقل الى الآخرة إلا انه لما مات استغنى عن حقوقه واملاكه فالشرع نقلها الى أقرب الناس اليه ليكون خليفة له في املاكه وحقوقه وتبقى تلك الحرمة والعصمة مستمرة وان انتقل من مورثٍ الى وارث ومن أصلٍ إلى خلف .

---

(١) مختصر المزني : ٢/١٣٤ مع الام ، المجموع :٩/١٩٣ ، ٢٢١ ، ٢٢٢ ، النكت ورقة ١٣٠/ب المهذب : ١/٣٤٤ ، تهذيب الاحكام : ٧/أ ، كتاب البيع .

وهو قول المالكية .. أنظر : الاشراف للبغدادي ١/٢٤٩ ، المنتقى للباجي : ٥/٥٩ .

(٢) الاسرار : ٢/٩٧/ب مراد ملا ، مختلف الرواية : ورقه ١٥٨/ب .

مختصر الطحاوي ص ٧٥ ، المبسوط :١٣/٤٢ ، مختصر القدوري :١/ ٢٥٠ مع الجوهرة . بدائع الصنائع : ٦/ ٣٠٤٠ ، رؤوس المسائل ص ٢٧٤ ، الهداية مع فتح القدير : ٦/٣١٨ ، وهو قول الحنابلة انظر : المغني ٦/١٤ ، الافصاح : ١/٣٢٣ .

(٣) رواه البخاري في صحيحه : ٥/٦١ مع الفتح ، باب الصلاة على من ترك ديناً .

وأحمد في المسند : ٢/ ٢٩٠ ، ٤٥٣ .

وأعلم أنهم يسلمون جريان الإرث في الحقوق غير انهم يمنعون كون خيار الشرط حقاً فنقول :الثابت بخيار الشرط هو فسخ العقد ، ولافرق بين أن يقول : بعتُ على أني بالخيار أو يقول : بعتُ على أن لي فسخه الى ثلاثة أيام .

وهذا لأن الخيار انما صح بشرطه بحكم شرعي يبتنى عليه وليس ذلك الحكم إلا الفسخ فان الاجازة ثابتة بنفس العقد بدليل انه إذا مضت المدة لزم العقد من غير صنع من قبله ، فأما إذا أجاز في المدة فانما لزم العقد لا لأنه تصرف بحكم الخيار لكن لأنه اسقط الخيار بالاجازة فظهر حكم العقد من اللزوم . فثبت أن الخيار مشروط للفسخ وانه حكمه ، وترك حق الفسخ من الخيار منزلة الملك من البيع وسائر أحكام العقود من العقود ، فكما أن البيع اثبات ملك ، والنكاح اثبات حلّ فشرط الخيار اثبات فسخ وإذا كان الثابت له فسخ العقد ، والعقد حقهما لأنه إيجاب وقبول ، والايجاب حق الموجب ، والقبول حق القابل ، وليس هذا مما يشكل أن العقد حق المتعاقدين وهو / حق ثابت لكل واحدٍ ٨٢/ب من المتعاقدين على صاحبه فصار حقيقة شرط الخيار اسقاط حق الغير عن نفسه بفسخ عقده ، وإن شئت قلت تبقية حقه واسقاط حق غيره ، فكما أن ما يثبته لنفسه حقه فما يسقط عن نفسه حقه ، لأن كل واحد فيهما منفعة مالية عائدة اليه ، والمنفعة قد تكون بعين يستحقها على غيره وقد يكون بحق يصل به الى غيره ، وقد يكون بحق يسقطه عن نفسه لولا ذلك الإسقاط لصار مستحقا عليه فثبت بمجموع ما ذكرناه أن شرط الخيار اثبات حق وهو من حقوق المال لما بينا أن منفعته عائدة الى المال وصار بمنزلة الرد بالعيب ، واصل عقد البيع فانهما صارا حقين من حقوق المال وجرى فيهما الإرث ، كذلك هاهنا .

وأما حجتهم :

قالوا : الخيار محض مشيئة فلا يورث ، وهذا لأن تفسير الخيار : هو أن المشيئة اليه في فسخ العقد وامضائه ، وماله تفسير أكثر من هذا وإذا كان محض مشيئة فلم يورث ، لأن مشيئة الانسان صفته فإذا مات وهلك هلك بصفاته فلايتصور فيها الإرث .

وحرفهم : أن الإرث انما يكون في شئ يبقى بعد موته ولايتصور بقاء حياته بعد موته.

قالوا : وقولنا : إنه محض مشيئة " يتبين انه ليس باثبات حق بل هو استيفاء مشيئة أصلية كانت ثابتة له ، فإنه كان له المشيئة ليعقد مطلقاً فيلزم ويملك أو يعقد بخيار فيكون عاقداًمن غير إلزام ولاتمليك ، فإذا اطلق البيع فقد باشر جميع ما جعل إليه وإذا عقد بخيار فقد باشر بعض ما جعل إليه واستثنى البعض على مشيئته فصار شرط الخيار في الحقيقة ترك العقد في اللزوم والملك على العدم أو هو امتناع من عقد ملزم موجب للملك ، والعقد والعدم لايتصور أن يكون حقاً لاحد وإذا لم يكن حقا لم يورث . قالوا : واما لزوم العقد بمضي مدة الخيار وموت مَنْ له الخيار انما كان لأن شرط الخيار لما كانت حقيقته استيفاء مشيئة نفسه ومشيئته سقطت بموته وإذا سقطت مشيئته ظهر موجب العقد من اللزوم والملك ، وهذا لأن مشيئته كانت مانعة من ظهور الحكم للعقد فإذا سقطت زال المانع وظهر حكمه .

قالوا : " وقولكم انه اثبات فسخ العقد " .

ليس كذلك ، بل هو اثبات مشيئة محضة فانه قال : على أني بالخيار ، والخيار والإختيار والمشيئة كلها بمعنى واحد .

وقد كادت تخرج عن يده فبشرط الخيار ابقاها في يده من وجه .

وأما فسخ العقد يبتنى على ثبوت المشيئة وهو في الحقيقة ترك الزام العقد واثبات الحق للغير لا انه تصرف في حق الغير بالإسقاط .

قالوا : وقول مَنْ قال من أصحابكم : انه حق لازم متعلق بالعقد أو المبيع " .

ليس بشئ ، لأنه إذا لم يكن حقاً فكيف يتعلق بمحل ؟ ولأنه إذا كان محض مشيئة وخيرة فيكون محله نفس العاقد الشائي لا العقد ولا المبيع ·

وأما اللزوم فلا معنى له ، لأن ما يورث لافرق بين أن يكون لازماً أو غير لازم كالعقد وان كان غير لازم يورث ·

قالوا : واما خيار العيب فلا يورث عندنا [١] ، وإنما يورث الموجب بخيار العيب ثم يثبت للوارث ابتداءً .

وبيان هذا : أن البائع أوجب للمشتري عيناً بشرط السلامة لأنه سلامة بسلامة فإذا لم يجدها سليمة ثبت له حق الرجوع الى رأس ماله الأصلي وهو الثمن ، وما أوجبه البائع للمشتري قد استحقه وارثه فصار المبيع مستحقا للوارث بوصف السلامة على ما كان يستحقه المورث فإذا لم يجد ثبت له حق الرد ابتداءً لا على طريق ارث الخيار .

وأما في مسألتنا لو ثبت الخيار لثبت على طريق الإرث ، لأن اثباته ابتدأ لا وجه بحال ، لأن المبيع سليم من العيوب وملك المبيع سليماً من العيوب لايكون سببا للخيار ، وإنما كان الخيار للمورث لاستثناه المشيئة بنفسه ، وقد هلك بمشيئته فلزم العقد ثم إذا لزم العقد لم يتصور ثبوت خيار الشرط في عقد لازم ·

---

(١) عند الحنفية .

قالوا : { وكذلك خيار الرؤية أن سلمنا ، يثبت للوارث ابتداءً بملك المبيع مجهول الوصف ، وكذلك خيار التعيين فيما لو اشترى أحد عبدين على انه بالخيار يثبت للوارث ابتداءً بملك المبيع مختلطاً بما ليس بمبيع }[١] فيكون له خيار التمييز ويكون وارث المشتري أولى بالتمييز والتعين من البائع ، لأنه خليفة من كان أولى بالخيار في الجملة فيكون أولى بالخيار أيضاً .

قالوا : واما العقد ، فقد قال بعضهم : انه لايورث ، لأنه قول مضى وانقضى فلايتصور فيه الارث ، وانما مَلَكَ الوارثُ الإقالة والرد بالعيب وكذلك المورث لا ، لبقاء العقد لوارثه لكن لملك العين عن عقد أو لملكه العين تسمية. ولملك العين / عن البيع حكم وهو ملك الفسخ فملكه لإظهار حكم ٨٣/ أ السبب .

قالوا : ولهذا ملك عندنا الموكّل الفسخ وليس بعاقد ، وكذلك القاضي يملك وليس بعاقد ، وقد سلّم أكثرهم على أن العقد موروث .

قالوا : انه حكم يبقى فيبقى ببقاء حكمه فيورث ، والخيار ليس له حكم أصلاً حتى يبقى ببقاء حكمه فلم يورث ، وهذا رجوع الى قولهم " أن شرط الخيار ليس باثبات حق أصلاً والعقد اثبات حق " .

وربما يقولون : جرى الإرث في العقد تبعاً للعين ، فلو ورث الخيار ورث تبعاً للعقد ولايكون تبع .

وأما مشايخهم تعلقوا بالأجل . وقالوا : مدة فسخه تثبت لأحد المتعاقدين شرطاً فلم يورث كالأجل .

---

(١) ما بين القوسين نقلا من الاسرار مع بعض التصرف ٢/٩٨/ب .

وأوردوه نقضاً على العلة التي وقع التعلق بها ابتداءً وهو قولنا " حق من حقوق المال .

الجواب :

ان قولهم : " الخيار محض مشيئة " .

قلنا : أن عَنَوا أن الثابت نفس المشيئة فليس كذلك ، وان عَنَوا أن الثابت حق يستوفى بالمشيئة فمسلم ، ولكنه حق موروث ، وهذا لأن المشيئة التي زعموها لاتدخل تحت الشرط بعد العقد ، وهذا لأن سبب الإيجاب والملك قد تم من قبله وليس يحتاج الى مباشرة شئ ليلزم العقد ويفيد الملك وإذا مضت المدة فالمشتري يملك بذلك العقد السابق من غير أن انضم اليه مباشر شئ آخر من قبل العاقد " .

وإذا ثبت تمام السبب لم يستقم أن يقال أن شرط الخيار هو استيفاء مشيئة كانت ثابتة له ، لأنهم يعنون المشيئة في العقد وإذا كان قد باشر العقد على الكمال والتمام بدليل استغنائه عن ضم شئ آخر اليه من حيث العقدية لم يتصور أن يكون شرط الخيار استيفاء مشيئة كانت ثابتة له في أصل العقد بل صار شرط الخيار اثبات ولاية الفسخ في عقد منعقد كامل .

ولهذا افتقر شرط الخيار الى رضا المشترى ولو كان استيفاء مشيئة لم يفتقر ، وانما افتقر لأنه اثبات فسخ عقده ، ولهذا كان الأصح عندنا أن الخيار لايمنع ملك المشتري لأن السبب قد تَمّ فأوجب الملك في المبيع ، وإنما الثابت بشرط الخيار مجرد فسخ العقد ، وذلك لايمنع الملك ، ولما عدم اللزوم انما كان لانه لايتصور مع ثبوت الفسخ أن يكون لازماً فتبين بما قلنا تحقيقاً انه ليس شرط الخيار استيفاء المشيئة الأصلية انما هو اثبات حق الفسخ ، لأن ثبوت الفسخ مستقيم شرعاً ومعقولاً .

أما استيفاء المشيئة في العقد وقد تَمّ السبب في العقد به فمحال لايمكن اثباته ، هذا هو نهاية التحقيق وسر المسألة ، وليس يَردُ عليه كلام بوجهٍ ما ، وقد غفل عنه كل مَنْ تكلم في هذه المسألة حتى استخرجناه من مظانه وأبرزناه من خدره بعون الله تعالى .

وأما فصل العقد فهو داخل على طريقتهم ، لأنه كلام ، كما أن الخيار مشيئة وان كان مشيئة الانسان تفوت بفواته ، فكذلك كلامه ، لكن كلامه لما صار عقداً شرعياً ورث كذلك المشيئة لما صارت حقاً شرعيا ورث .

وقولهم : " أن العقد قد انقضى بالفراغ عنه " .

ليس بشئ ، بدليل جواز الإقالة والفسخ يلاقي العقد لا المعقود عليه ولأن عندهم تصح الزيادة في الثمن والمبيع ، وانما صح بطريق تغيير العقد ولولا انه قائم لم يصح تغييره .

وأما الذي قالوا على التسليم أن العقد له حكم فبقى ببقائه " .

قلنا : والخيار له حكم فيبقى ببقائه .

وقولهم : أن التبع لايكون له تبع " .

قلنا : كما أن العقد سبب مقصود لحكمه فالخيار سبب مقصود لحكمه فلا فرق بوجه .

وأما قولهم " على خيار العيب انه يثبت ابتداءً " .

فليس بصحيح ، ولايتصور ثبوت خيار العيب إلا لعاقدٍ لأنه باستحقاق السلامة بالعقد ولايستحق السلامة بالعقد إلا عاقد ، فأما الوارث لايستحق ما يستحقه بالعقد ومع هذا ثبت خيار العيب للوارث دل انه يثبت بطريق الإرث .

وأما فصل الأجل : فليس يدخل أولاً على العلة التي قلناها ، لأن قولنا " فيورث " معناه ليكون حقا له على ما هو وضع الإرث والوارث لو ورث الأجل

يكون عليه لا له ألا ترى أنه يتأخر حقه من الشركة ليقضي الدين ولايتصور إرث حق يكون عليه ·

وهذا لأن الأجل وان كان حق مالي لكنه صفة الدين ، ولم يورث الدين فكيف يورث الأجل ؟، ومتى يتصور أن يكون الدين على شخص والأجل لغيره ؟·

فإن قالوا : وجب أن يبقى الدين في ذمة الميت بأجله " .

قلنا : ليس هذا من هذه المسألة في شئ وانما لم يبق لأن منفعته في سقوط الأجل وتعجيل قضاء الدين لتفرغ ذمته وينفك به من النار على ما ورد به الخبر .

وإذا كان الأجل لنفعه فمتى كان نفعه في سقوطه سقط ويمكن أن يقال أيضاً أن الاجل لتحمل الدين وتحصيله ، ولهذا / اختص الأجل بالدين ولم ٨٣/ب يجز بالعين وبالموت قد انتهى زمان التحمل فانتهى الأجل وسقط لفوات ما وضع لأجله والله أعلم ·

﴿ مسألة ﴾ *

إذا شرط البيع في خيار أربعة ايام ثم حذفه قبل دخول اليوم الرابع لم ينقلب العقد صحيحاً .[١]

وكذلك إذا جعل أجل الدين الى الحصاد أو الدياس ثم أُسقط قبل أوان الحصاد والدياس .[٢]

وعند أبي حنيفة رحمه الله تعالى : يصير العقد كأنه لم يكن فيه هذا الشرط أصلاً.[٣]

لنا :

أن البيع فاسد بهذا الشرط ، والدليل عليه : أن هذا الشرط منهي عنه بدليل أن الوفاء به حرام ، والشرط المنهي عنه في البيع يفسده بدليل سائر الشروط وبدليل ما روي عن النبي عليه السلام انه نهى عن بيع وشرط "[٤] .

(*) قال النووي في المجموع : يصح خيار الشرط في البيع بالاجماع إذا كانت مدته معلومة . اهـ ١٧٨/٩.

وقال في موضع آخر : واختلفوا في ضبطه فمذهبنا انه يجوز ثلاثة أيام فيما دونها ولايجوز أكثر من ذلك . " أهـ ٢١٢/٩ .

(١) المهذب : ٣٤٣/١ ، المجموع :١٨١/٩ ، ٢١٢ ، تهذيب الأحكام : ٨/أ ـ كتاب البيوع ، الحاوي الكبير : ٦٩/٥.

(٢) الأم : ٨٥/٣ ، مختصر القدوري : ٣٦٢/١ . المجموع : ٣٣١/٩ .

قال النووي : قال مالك وأحمد وأبو ثور : يجوز بثمن الى الحصاد والدياس والعطاء "

(٣) الاسرار : ٩٤/٢ / أ ، ب . مختصر القدوري : ٢٦٢/١.

(٤) قال ابن حجر في التلخيص الحبير : رواه ابن حزم في المحلى والخطابي في ==

ولأن البيع انما صح شرعاً، لأنه مشروع على الوجه الذي صح على معنى انــــه مـأذون فيـه من قبله والبـيع بشـرط خيـار أربعـة أيام غيـر مشـروع فلم يكن صحيحاً وهذا تحقيق عمل النبي ﷺ.

ويدل عليه : أن عندهم يكون مضموناً بالقيمة في يد المشتري ، وكذلك إذا قبض المبيع فـي زمان الثلاث قبل دخول اليوم الرابع دل أن البيع فاسد ، وإذا ثبت انه فاسد فنقول : فسـاده بالشرط ، لأنه لم يوجد إلا الشرط ، ولأن الفساد من قبل العاقد والذي من قبل العاقد هو الشرط وإذا فسد العقد بالشرط لم يتصور انقلابه صحيحاً لأن حذف الشرط غير متصور ، فانه قد قرن العقد وفرغ منه ، والإسقاط لو صح انما يلاقي المشروط لا الشرط ، أو يلاقي مـايوجد في المستقبل ، فأما ما حكم بانقضائه ومضائه فلايتصور اسقاطه فبقى على الفساد على ما كان ، وصار كما لو دخل جزء من اليوم الرابع ثم أُسقط الخيار.

وأما حجتهم :

قالوا : البيع الفاسد منعقد على ما عرف من أصل أصحابنا فإذا انعقد ثبت فيه مدة الخيار فإذا أسقط جعل كأن مدة الخيـار كانت مشروطة الى زمان الإسقاط ، كما لو كان الخيار مشروطا بقدر الثلاث .

وأما معتمدهم من حيث المعنى : فانهم يقولون أن الفساد غير متمكن من العقد بنفس شرط الخيار ، وإذا لم يتمكن منه قبل الإسقاط والحذف ، وأنما قلنا " انه غير متمكن " لأن عقد البيع قابل لشرط الخيار في الجملة،ألاّ ترى أنه يقبل

(=) المعالم والطبراني في الأوسط ، والحاكم في علوم الحديث ، واستغربه النووي " اهـ ١٢/٣ . انظر المحلى ٤٠٩/٩ .

الثلاث وانما لم يقبل في هذه المسألة لاتصال الثالث باليوم الرابع ، وهذا اتصال يقبل الإنفصال .

ألا ترى أن فصل اليوم الثالث ممكن من اليومين في الخيار الثلاث فكذلك فصل اليوم الرابع ممكن من الثلاث في خيار الأربع وإذا قبل الفصل من هذا الوجه ينفصل بالفعل وجعل كالعدم .

يبينه : أن الفساد لما كان باتصال خيار يقبل الإنفصال فالفساد يتّصفُ بثبوت يقبل السقوط ليكون ظهور العمل على وفق العامل وضربوا لهذا أمثلة من اصولهم :ـ

من مسألة بيع الفص ونزعه وتسليمه حيث يصح ، أو بيع الجذع في السقف ونزعه وتسليمه، وكذلك اعلام الرقم في المجلس إذا باع بالرقم ، وربما يقولون : أن المفسد لم يتمكن من العقد ، لأنه ليس المفسد نفس الشرط ، وانما المفسد هو المشروط ، لأن الشرط يراد للمشروط لا لعينه، والمشروط انتفاء اللزوم عن العقد في اليوم الرابع ، وهذا الذي لايقبله العقد وانتفاء اللزوم في اليوم الرابع لايتصور إلا بعد وجود اليوم الرابع .

فدل انه لم يتمكن الفساد من العقد قبل دخول اليوم الرابع .

قالوا : وظهر الفرق بما قلنا بين ما إذا أُسقط الخيار بعد دخول اليوم الرابع أو قبل دخوله .

قالوا : وكذلك الكلام في الأجل الى الحصاد والدياس ، لأن الفساد ليس في نفس الأجل انما هو في جهالته [1] ، والجهالة في انتهاء الأجل لا في ابتدائه لأنه يتقدم تارة ويتأخر أخرى ، فإذا اسقط الأجل قبل أوان الحصاد والدياس فقد

---

(١) الجوهرة النيرة ٣٦٣/١ .

أسقط المفسد من العقد قبل تمكنه منه على ما سبق من قبل فجعل العقد كالخالي عنه في الإبتداء .

الجواب :

أما تعلقهم بالخيار الثلاث : فضعيف ، لأن البيع في تلك الصورة صحيح وقضيته اللزوم إلا أنه تأخر بالخيار المشروط في البيع ، وهذا المشروط يقبل الإسقاط تارة والسقوط أخرى ليظهر موجب العقد الصحيح فان موجب العقد الصحيح لايظهر إلا عند سقوط الخيار فإذا أسقط سقط وظهر قضية العقد من الإنبراء أو اللزوم فلا يجعل العقد كأنه عرى عن هذا الخيار بالاسقاط ولا أيضاً يجعل كأن المدة كانت مضروبة الى زمان الإسقاط بل الإسقاط يقتصر على زمانه ولايتقدم عليه ، وقد كان العقد غير منبرم الى هذا الوقت والآن صار منبرماً .

فأما في مسألتنا فالعقد فاسد على ما سبق ذكره وقد فسد بالشرط وانما فسد لعقده / معه فسواء أسقط أو لم يسقط بقى العقد معقوداً على ٨٤/أ الفساد فلم يتصور انقلابه صحيحاً ، فإن اراد المتعاقدان بيعا صحيحا فينبغي أن ينشيأ عقداً لا على هذا الشرط فصار تدارك هذا الأمر بانشاء مثله صحيحاً لا باسقاط الخيار منه .

وحرف الفرق أن هناك عقد البيع على الوجه المشروع وضعاً من العمل لمعارض ثم إذا لا المانع .

وفي مسألتنا ما عقد على الوجه المشروع أصلا فصار التدارك بانشائه وابتدائه على الوجه المشروع ولهذا المعنى لو انقضى زمان الخيار في تلك الصورة عاد البيع لازماً ، وفي مسألتنا لو انقضى زمان الخيار لم يعد البيع صحيحاً .

وأما قولهم : " أن الفساد لم يتمكن من العقد " .

قلنا : قد تمكن لما بينا أن الفساد بالشرط وتمكنه من العقد شرط فيه وقولهم : أن الفساد باتصال يقبل الانفصال " .

قلنا: هذا بناء على أن الفساد بوجود اليوم الرابع ، وقد ذكرنا أن الفساد مقترن بالعقد والعقد بشرطه قد مضى فلا يتصور فصل الشرط عنه ، لأن فصله عنه بان يعرى عنه ويخلو عنه . وهذا مما يؤس عنه لما بينا أن الإسقاط يعمل في المستقبل لا في الماضي .

ونجيب بجواب آخر في نهاية القوة بحيث لايبقى لهم متنفس : .

فنقول : لامحل لخيار الشرط في البيع الفاسد وان كان منعقداً على أصولهم ، لأن الخيار بسبب الفساد ثابت لكل واحد من المتعاقدين ، والخيار بالفساد أقوى من كل خيار بل هو باقٍ على كل خيار واثبات الخيار بالشرط في مثل هذا المحل محال.

ولهذا لو اشترى شيئاً بخمر أو خنزير على خيار ثلاثة أيام بكون هذا الشرط باطلاً ، وإذا لم يثبت الخيار بقى الفساد بنفس الشرط ومجرد الذكر والإسقاط انما يتناول مدة الخيار لانفس الشرط فصار وجود الإسقاط وعدمه بمنزلة ، وكذلك في الأصل المجهول لأن الأجل المجهول مضروب لتأخير الثمن ، وفي البيع الفاسد انما تجب القيمة لا الثمن والقيمة والثمن غيران فالأجل في احدهما لايكون أجلاً في الآخر فبطل الأجل في هذه الصورة كما بطل الخيار في الصورة الأولى فصار الفساد بمجرد ذكر الأجل ، وذكر الخيار .

والحرف : انه لو انقلب العقد صحيحاً لانقلب صحيحاً بالإسقاط والإسقاط باطل على ماسبق وهذا أن اعتمدنا عليه ابتدأ لايبقى لهم شئ أصلاً . والله أعلم بالصواب .

((مسائل الربويات))

مسألة :

حكم النص الوارد في اثبات الربا هو تحريم بيع المطعوم بجنسه إلا عند التساوي في معيار الشرع هذا في الأشياء الأربعة [١] .

وفي الذهب والفضة حكم النص هو تحريم بيع الذهب بجنسه أو الفضه بجنسها إلا عند التساوي في معيار الشرع ·

وعلة هذا الحكم في الأشياء الأربعة الطعم ، وفي الذهب والفضة الثمنية ، ويعبر عنه " بجوهرية الأثمان " فيدخل الحلي والتبر ·

وأما الجنس في الموضعين شرط محض فعلى ما قلنا تحريم البيع في هذه الأموال أصل وهو حقيقة الربا وإنما كان ربا لأنه حرام ، ولأنه لايخلو البيع في هذه المواضع عن وجود فضل في المالية من أحد الجانبين ، وذلك الفضل ربا ، فصار المراد من الفضل على هذا هو الفضل المطلق لا الفضل من حيث القدر على الخصوص .

وأما الكيل فهو سبب الخلاص عند استواء العوضين فيه ، وكذلك الوزن ·

---

(١) الام :٣/١٤ ، المهذب :١/٣٥٩ ، تهذيب الاحكام :٩/ب ، كتاب البيوع ، تفسير الفخرالرازي : ٧/٩٤ .

وهو الرواية الثانية عند الامام أحمد . انظر المغني : ٦/٥٦ ، المقنع : ٢/٦٥ ·

والرواية الثانية وهي القول القديم للشافعي : العلة فيما عدا الذهب والفضة كونه مطعوم جنسٍ مكيلاً أو موزوناً ، فلايجري الربا في مطعوم لايكال ولايوزن كالتفاح والرمان والبطيخ الى غير ذلك من انواع الفواكه ولافيما ليس بمطعوم كالزعفران والحديد والرصاص ونحوه .... " وهو قول سعيد بن المسيب ، المهذب :١/٣٥٩ ، المغني : ٦/٥٦ .

==

هذا جملة مذهب الشافعي رضي الله عنه ، وبيان حقيقته، ومتى عرف هذا سهل معرفة الفروع وهو جريان الربا في القليل من البر والشعير وغيره ، وجريان الربا في الفواكه ، وعدم جريانه في الجص والنورة وما ليس بمطعوم .

وأما على مذهب أبي حنيفة رحمة الله عليه وأصحابه فعندهم : حكم النص الوارد في الباب هو ايجاب التسوية بين العوضين في البيع كيلاً في الأشياء الأربعة ، ووزناً في الذهب والفضة[1] ، وتحريم الفضل بناءً على وجوب التسوية، وهو الفضل من حيث القدر وجعلوا الربا هو الفضل ، وافسدوا البيع بوجود هذا النوع من الفضل فيه مع وجوب التسوية . وعلة الحكم : الكيل مع الجنس في الأشياء الأربعة،والعلة في الذهب وافضة هي الوزن مع الجنس فعلى هذا قالوا :

أن الأصل في هذه الأموال جواز البيع وصارت التسوية بين العوضين واجبة بالنص ، وحرم الفضل قدراً وهو حقيقة الربا وعلته ماذكرنا وعند معرفة هذا سهل معرفة الفروع فانهم قالوا لايجري / الربا في قليل البر والشعير ٨٤/ب ويجري في الجص والنورة مايشبه ذلك .

فأما دليلنا أن حكم النص ما ذكرنا : حديث عبادة بن الصامت وغيره من

(=) وقال الامام مالك : العلة في الاشياء الاربعة انها جنس مأكول على وجه تمس اليه الحاجة من القوت وما يصلحه من المدخرات " .

الاشراف للبغدادي ٢٥٢/١ ، الجامع لاحكام القرآن : ٣٥٣/٣ .

فمن هذا يظهر أن علة الربا في النقدين متفق عليها بينهم وهي الثمنية أو كونها قيم المتلفات ، وانما الخلاف فيما يظهر في علة الاشياء الأربعة .

(١) مختصر الطحاوي ص ١٧٥ ، الاسرار : ٧٣/٢/أ ، المبسوط : ١١٣/١٣ ، مختلف الرواية : ورقه ١٥٧/أ ، البدائع : ٣١٠٦/٧ ، الهداية مع فتح القدير: ٤/٧ . ==

الرواة أن النبي عليه السلام قال : ﴿ لاتبيعوا البُر بالبُر ولا الشعير بالشعير ولا التمر بالتمر ولا الملح بالملح إلا مثلاً بمثل يداً بيد ﴾ [١] وهذا نص في الحكم الذي بينا .

ويدل عليه : حديث معمر [٢] بن عبد الله أن النبي عليه السلام قال : ﴿ لاتبيعوا الطعام بالطعام إلا مثلاً بمثل ﴾ [٣] وهذا تصريح بالحكم الذي ذكرنا .

(=) وهو رواية عن الامام أحمد وهي أشهر الروايات .
انظر : المغني : ٥٥/٦ ، المقنع : ٦٥/٢ .
فعلى هذه الرواية يجري الربا في كل مكيل أو موزون بجنسه ، مطعوماً كان أو غير مطعوم كالحبوب والنورة ، والقطن والحديد ونحو ذلك .
ولايجري في مطعوم لايكال ولايوزن كالمعدودات .

(١) رواه مسلم في صحيحه :١٣/١١ ، مع النووي ، باب الصرف وبيع الذهب بالورق نقداً
والنسائي في سننه : ٧/ ٢٤٠ ، ٢٤١ ، ٢٤٢ ، باب بيع الشعير بالشعير .
وابن ماجة في سننه :٧٥٧/٢ ، ٧٥٨ ، باب الصرف ومالايجوز متفاضلا يداً بيد .
والدارمي في سننه :٢٥٩/٢ ، باب في النهي عن الصرف .
والترمذي في سننه:٢٤/٥ مع العارضة ، باب ما جاء في أن الحنطة بالحنطة مثلاً بمثل
والدارقطني في سننه : ٢٤/٣ .
والطحاوي في شرح معاني الآثار : ٤/٤ .

(٢) معمر بن عبد الله بن نافع بن نضلة العدوي وهو ابن ابي معمر ، صحابي كبير من مهاجرة الحبشة ، روي له مسلم وأبو داود والترمذي وابن ماجه . انظر التقريب : ص ٣٤٤ .

(٣) رواه مسلم في صحيحه : ٢٠/١١ مع النووي ، باب بيع الطعام مثلاً بمثل .

وفي الخبر الثاني دليل على أن الطعم هو العلة ، لأنه عليه السلام ذكر اسم الطعام في هذا الحكم وهو اسم مشتق من الطعم فيصير الطعم علة في الحكم المذكور مثل قوله تعالى ﴿ **الزَّانِيَةُ والزَّانِي فَاجْلِدُوا كُلَّ وَاحِدٍ مِنْهُمَا مِائَةَ جَلْدَةٍ** .... ﴾ [١] يكون الزنا علة .

وكذلك قوله تعالى ﴿ **والسَّارِقُ والسَّارِقَةُ فَاقْطَعُوا أيدِيَهُمَا** .... ﴾ [٢] تكون السرقة علة هكذا قاله الأصحاب .

والسؤال عليه قالوا : لم قلتم : أن الطعم يكون علة بذكر الطعام وأيش الدليل عليه؟ والشئ لايصير علة للحكم إلا بدليل يدل عليه .

قالوا : والأسامي قد تكون مشتقة ، وقد تكون غير مشتقة ، والمراد من ذكر الاسم هو المسمى بذلك الاسم وقد صار مذكوراً وعرف حكمه . فان الخبر ما ورد إلا لبيان الحكم لأن قوله ((لاتبيعوا)) لفظ بيان الحكم فاما العلة فلها لفظ آخر وهو قوله " أن " أو " لأن " أو " بأن مثل قوله عليه السلام في الهرة (انها من الطوافين عليكم والطوافات) [٣] .

(=) وأحمد في مسنده : ٦/ ٤٠٠ .

والدارقطني في سننه : ٣/ ٢٤ .

والطحاوي في شرح معاني الآثار : ٤/ ٣ .

(١) سورة النور آية (٢)

(٢) سورة المائدة آية (٣٨)

(٣) رواه الدارقطني في سننه : ١/ ٧٠ .

وقال تعالى في الخمر ﴿ **إنما يريدُ الشيطانُ أنْ يُوقِعَ بَيْنَكُمُ العَدَاوَةَ والبَغضَاءَ فِي الخَمْرِ والمَيْسِرِ** ﴾[1] وأمثال هذا يكثر .

وأما آية الزنا والسرقة فلم يصر الزنا والسرقة علة بذكر الزاني والسارق ، أو لأنه اسم مشتق انما صار علة بدليل آخر ، وهذا لأن العلة لاتكون علة إلا بوجود التأثير ، وقد وجدنا التأثير في الزنا والسرقة لايجاب العقوبة ، والجناية مخيلة في ايجاب العقوبة فبيّنوا تأثير الطعم في مسألتنا أن كان يعجبكم التعليل به ليكون علة ، فأما مجرد ذكره أو كونه اسماً مشتقاً فلا يدل انه علة، ألا ترى أن النبي ﷺ (نهى عن بيع الطعام حتى يجري فيه الصاعان)[2] ولايصير الطعم علة ، ونهى عن بيع الحيوان بالحيوان نسيئة[3] ولم تصر الحيوانية علة .

الجواب :

ان وجه الإستدلال بالخبر في أن الطعم علة ليس علي ماظننتموه ، ولكن وجه ذلك أن طلب الفوائد بالنصوص واجب وكل فائدة يمكن استخراجهامن لفظ من

---

(١) سورة المائدة آية (٩١) .

(٢) رواه الدارقطني في سننه : ٨/٣ .
والبيهقي في سننه : ٣١٦/٥ .
وابن ابي شيبة في مصنفه : ١٩٧/٧ .
وابن عدي في الكامل : ٨٨٦/٣ .

(٣) رواه ابو داود في سننه :٦٥٢/٣ مع المعالم ، باب في الحيوان بالحيوان نسيئة .
والنسائي في سننه : ٢٥٧/٧ ، باب بيع الحيوان بالحيوان نسيئة .

ألفـاظ الشـارع فـانه يجب اسـتـخـراجـهـا . وهذا لأنه عليـه السـلام بين بعض الأشـيـاء بالتـصـريح وبعض الأشـيـاء بالإشـارة والتنبيـه والكل فـوائد الخطاب ، وكـمـا أن الحكم فـائدة الخطاب فـكذلك علة الحكم فـائدة الخطاب ، وإذا ثبت هذا الأصل فنقـول : أن النبي ﷺ ذكـر الطعـام في هذا الحكم وخصّه فـينبغي أن يكون لهذا الذكر فائدة ، ولافـائدة لتخصيـصه بالذكر سوى التنبيـه على الطعام بالطعمية فانا إذا لم نجعل الطعم علة لغت فائدة تخصيص الطعام بالذكر .

يبينه : انه لما جرى الربا في الحنطة والشـعـير والجص والنورة على مـازعـمـوا والبعض مطعوم والبعض غير مطعوم فـأيش بقى فائدة ذكر الطعام ؟ وهلا اقتصر على ذكر أسامي الاعلام من اسم البر والشعير وغيرهما .

فحين عدل في هذا الخبر من ذكر أسامي الأعلام الى ذكر اسم عـام مشتق وهو اسم الطعام دل انه انما عدل لزيادة فائدة وهو أن يصير موضع الاشتقاق علة .

فإن قالوا : هذا كله تعلق بدليل الخطاب ، ودليل الخطاب عندنا ليس بحجة .

قلنا : عندنا هو حـجـة ، وانما جـعلناه حـجـة لنحـتج به ، فـهـو دليـل في استثارة الأحكام ودليـل في استثارة العلل ، والوجه ما تقدم بيانه .

وقد ذكـرنا بابين من هذا في موضع آخر ، وجعلنا حرف الدليل وجود قـوة الظن للسـامع ولهذا جعلناه دليـلاً في وزن القيـاس ولم نجعله دليـلاً نصـاً ، وتمام هذا في الأصول .

وأما ما تعلقوا به من الخبر في بيع الطعام وبيع الحيوان بالحيوان نسيئاً فإنّا لم نجعله علة لقيام الدليل على انه ليس بعلة ثم ندل من حيث التأثير في ان الطعم علة فنقول :

قد ذكرنا حكم النص والطعم معنى مؤثر في هذا الحكم ونعني " بالمعنى المؤثر " معنى يستخرج من أصل الشرع اذا عرض ذلك المعنى على أصول الشرع وقوانينه المعهودة يكون مخيلاً في الظنون ان الحكم بذلك المعنى هذا هو العلة المؤثرة في جميع المواضع فاعرفه فانه علق نفيس . واذا عرف هذا فنقول :

في مسألتنا الحكم هو / تحريم بيع المطعوم بالمطعوم على ما سبق ذكره . ٨٥/أ

وبيان تأثير الطعم في هذا الحكم هو ان الطعم معنى في المحل يشعر بشرفه وعزته ، لأن الطعم قوام النفس الشريفة في العالم فيشرف الطعام بشرف ما جعل قواماً له ، والأشياء في العالم بعضها شريفة خطيرة وبعضها تافهة خسيسة ، وربما تكون التفاهة والعزة بالقدر ، وربما يكون بالجنس والطعام مما شرف جنساً ، واذا ثبت له الشرف والخطر بهذا الوجه فوجب ان يظهر أمره في الشرع وليس ذلك إلا المنع من بيعه على الإطلاق على ماتكون سائر الأموال وهذا لأن العقد ابتذال وامتهان فتحريمه يتضمن اظهار شرف المحل وخطره ، ولأنه لما كان القوام متعلقاً به حرم بيعه ليبقى مصونا مدخراً الى وقت الحاجة الى القوام .

ونظير هذا الأبضاع ، فإن الأصل فيها حرمة العقد ، لأن قوام النسل في العالم بمنافع الأبضاع، فجعل الأصل فيها الحرمة ليظهر شرفها وخطرها في الشرع لصيانتها عن الإبتذال والإمتهان كذلك هاهنا .

ويمكن التحرير فيقال : نوع عقد اختص جوازه من بين نظائره بزيادة شرطين. فوجب أن يكون معلولاً بوصفٍ في المحل يشعر بزيادة شرف وخطر له .

دليله : النكاح ، ونعني " بالشرطين في الأصل " الولي والشهود ، وفي الفرع المساواة كيلاً بكيل، ويداً بيد ، وعلى هذا الأصل عللنا جريان الربا في الذهب والفضة بالثمنية ان وصف الثمنية مشعر بشرف المحل فان الأثمان قوام الاموال على معنى ان المالية في الأشياء تعرف بالاثمان ، والأموال قوام العالم ، وربما يقال في المالية حياة هذه الأعيان والمالية بالأثمان وانما لم يعلل الربا بأصل المالية ، لأنه يؤدي الى حرج عظيم على الناس من حيث انه يصير أصل البيع محرماً ، ويصير باب طلب الفضل من البياعات مسدوداً إلاَّ عند عارض من دليل خلاص، وهذا فيه ضرر عظيم على الناس، ولأن الإجماع انعقد على أن التعليل بالمالية باطل .

ومَنْ زعم من أصحابنا ان ابن الماجشون [1] علّل بالمالية فهو خطأ وقع في التعاليق ، واتبع بعضُ مَنْ لم يحكم أقاويل العلماء السواد فَنَقَلَه .

فأما مَنْ لم يعرف الإجماع والإختلاف وأقاويل العلماء فلم يعرف هذا القول أصلاً .

فثبت بما قلنا ان الطعم والثمنية علتان مؤثرتان في حكم النص وتبين ايضاً بهذا الأصل ان الجنس بانفراده ليس بعلة ، لأنه لايعرف له تأثير ، لأن اتحاد العوضين في جنسية الطعم لايعرف له تأثير زائد على أصل تأثير الطعم فبقى شرطاً

---

(١) عبد الملك بن عبد العزيز بن عبد الله بن أبي سلمة الماجشون ابو مروان المدني الفقيه مفتي أهل المدينة صدوق له أغلاط في الحديث . من التاسعة وكان رفيق الشافعي ، مات سنة ٢١٣هـ

==

محضاً أو محلاً ، وعلى هذا نقول لايكون بانفراده علة في تحريم الربا بجهةٍ ما لابجهة التعدية ولا بجهة النسأ ، وأما التخلص عن هذا التحريم بوجود الكيل بالكيل واليد باليد فمحض نص ، ولم ينتصب لطلب علته وانما انتصب العلماء لطلب علة الربا .

والذي قلناه غاية الإمكان ، وهو طريق سديد قوي يمكن تمشيته وسنذكر وجه كلامهم على هذه الطريقة في حجتهم .

وحين تبين حكم النص وعلته ظهر جريان الربا في الحبات والحفنات وجريانه في الفواكه وسقوط جريانه في الجص والنورة ، وكذلك سقط جريانه في الحديد والرصاص وما يشبهه وأما الأصحاب تعلقوا في هذه المسائل بوجوه ترد في ترجيح علة الطعم على علة الكيل ، ولعلة تقع الإشارة الى بعضها في حجتهم ونذكر وجه كلامهم عليه .

ولستُ أرى في دلائل الترجيح معتمداً ، وانما ينبغي أن يكون الكلام في الدليل على صحة علم الطعم اما بدليل الخطاب أو بتأثير معنوي وليس وجه ذلك إلاّ ما سبق بيانه .

وانما يصار إلى الترجيح في علتين قد قام الدليل على صحتهما ، ولم يصح التعليل إلاّ باحدهما لمضادة في الحكم يقع عند الجمع بينهما ، فأما أن يصار الى الترجيح وبما وقع بعد الدليل على صحة العلة الطعم فهذا في غاية البعد .

(=) روى له النسائي وابن ماجه وأبو داود في مسند مالك . انظر التقريب : ص ٢١٩ .

قال ابن رشد في البداية :٢/١٣١ : الا ما حكى عن ابن الماجشون انه اعتبر في ذلك المالية وقال : علة منع الربا انما هي حياطة الأموال يريد منع العين " اهـ .

ونسبه اليه الفخر الرازي في تفسيره : ٧/٩٤ ، وذكره ابن العربي المالكي في القبس : ٢/٧٧٩ .

وقد ظن بعضهم انه قد أصاب دليلاً معنوياً في صحة علة الطعم فقال : قد ثبت انتفاء ربا التفاضل في الجنسين اذا اختلفا ، ونحن نعلم ان جريان الكيل في الجنسين بمثابة جريانه في الجنس الواحد فاذا اختلف حكم الربا باختلاف الجنس والكيل لايختلف دل ذلك دلالة ظاهرة على ان المتبع في اثبات الربا في الجنس الواحد اتحاد العوض والمرعى في نفي الربا اختلاف العوض وهذا لائح لاخفاء به فيجب تعليل الربا بما هو الغرض في الجنس والمقصود ومعلوم ان البر لايُقْتنى ليكال ويوزن ، وانما يُقتنى ليؤكل ويطعم ، وهذا الكلام الذي قاله هذا القائل ليس بدليل معنوي على صحة علة الطعم انما هو إشارة / الى ترجيح ٨٥/ب علة الطعم لأن غاية كلامه ان الطعم معنى هو الغرض والمقصود من العين بل خُلقت العين لأجله ، والكيل ليس بمثابته بل هو مجرد معيار كالعدّ والذّرع ، ولكن من أين قال هذا القائل ان الطعم لما كان هو الغرض من العين وجب أن يكون هو العلة ؟ ولابد من اظهار تأثير له في الحكم الذي طلب له العلة على ما سبق في شرح التأثير ، فأما ان يكون خفي على هذا القائل الحكم الذي يطلب له العلة ، أو خفي عليه وجه التأثير .

{ والفقه صعب مرامه شديد مراسه لايعطي المقادة لكل أحد ولاينساق لكل طالب ولايلين في كل حديد بل لايذل جانبه إلاّ لمن أيّد بنور من الله في بصره وبصيرته ولطف منته في عقده وسريرته .

وعندي ان الفقه أولى بهذا النظم من النحو حيث قال قائلهم : [١]

---

(١) يروي هذا الرجز للحطيئة ، انظر : ديوانه ص ٢٩١ .

والأصل فيه التمدح بالشعر لا بالنحو .....

ففي الديوان : الشعر صعب .....

النحو صعب وطويل سلمه

اذا ارتقى فيه الذي لايعلمه

زلّ الى الحضيض منه قدمه } [١]

مضى هذا الكلام بما فيه ، وليس يتصور في بيان التأثير لعلة الطعم في حكم النص سوى الوجه الذي قلنا ، والله المعين على تمشيته بلطفه وتيسيره وقوته .

وأما حجتهم :

تعلقوا بقوله عليه السلام في رواية أبي سعيد الخدري (الحنطة بالحنطة مثلاً بمثل) .[٢]

وفي الرواية الثانية معناه " مثل بمثل " ، فمعنى الأول بيعوا الحنطة مثلاً بمثل ، ومعنى الثاني بيع الحنطة مثل بمثل اي هو المشروع والجائز فدلت الروايتان ان حكم النص هو ايجاد التسوية بين البدلين كيلاً بكيل وعين بعين ، لأن معنى اليد باليد هو العين بالعين على ماسنذكر في مسألة التقابض .

قالوا : وأما الخبر الذي رويتم " لاتبيعوا البر بالبر " فهو على هذا المعنى أيضاً لأنه قد قال : " إلاّ مثلاً بمثل " فكأنه قال : بيعوا مثلاً بمثل ، وهذا قوله عليه السلام " لانكاح إلا بشهود " [٣] معناه انكحوا بشهودٍ .

---

(١) ما بين القوسين استشهد به السبكي في الطبقات ٥/٣٤٥ .

(٢) رواه مسلم في صحيحه ١١/١٥ مع النووي ، باب الربا .

(٣) قال الزيلعي في نصب الراية : " غريب بهذا اللفظ ، وفي الباب أحاديث : منها ما رواه ابن حبان عن عائشة قالت : قال رسول الله ﷺ (لانكاح الا بولي وشاهدي عدل) ٣/١٦٧ .

وكذلك قوله ﴿ لاصلاة الا بطهور ﴾ [١] ، ﴿ ولاصلاة الا بقراءة ﴾ [٢] أي صلوا بطهارة وبقراءة فثبت ان حكم النص هو ما قدمنا .

وأما قوله عليه السلام (والفضل ربا) [٣] فمعنى الفضل هو الفضل في القدر لأنه بناه على ايجاب المماثلة كيلا ، والفضل المبتني على وجوب المماثلة كيلا لايتصور إلا الفضل من حيث الكيل . ووجه ابتنائه عليه : انه يظهر عند زوال المماثلة كيلاً ، وعند زوال المماثلة كيلا لايظهر إلاّ الفضل كيلا ، فثبت حكم النص على هذا الوجه .

قالوا : ولايجوز أن يقال ان اسم الحنطة والبر يتناول القليل والكثير فوجب ان يجري الربا في الكل ، وذلك لأن الخبر مايتناول إلاّ الكثير ، لأنه قال مثلا بمثل ومعناه كيلاً بكيل فلايتصور ايجاب المماثلة كيلا إلاّ في مكيل ، والقليل ليس بمكيل ، لأن المكيل ما يدخل تحت الكيل ، والقليل لايدخل تحت الكيل ، فان الكيل أما ان يعتبر مشروعاً أو معهوداً في العرف وايهما اعتبرنا لا يتصور في القليل

وأما الكيل بالملحة وما يشبهها باطل ، لأنه ليس بمشروع ولامعهود بل هو سفه وعبث ولهذا لو باع بها مكايلة لايجوز، ولو اتلفه لايجب المثل بل تجب القيمة ، فصار الجملة عندهم : ان المكيل هو ما يدخل تحت المكيال

---

(١) رواه مسلم في صحيحه ٤/١٠٤ مع النووي ، باب قراءة الفاتحة في كل ركعة .
وأحمد في المسند ٢/٣٠٨ ، ٤٤٣ . والبيهقي في سننه ٢/١٩٣ .
قال ابن حجر في التلخيص لم أر هذا الحديث بهذا اللفظ ، نعم ، روى الترمذي من حديث ابن عمر : (لايقبل صلاة الا بطهور) وأصله في صحيح مسلم بلفظ لايقبل صلاة بغير طهور ....) ١/١٢٩

(٢) رواه مسلم في صحيحه : ٤/١٠٤ ، مع النووي ، باب قراءة الفاتحة في كل ركعة .
وأحمد في المسند : ٢/٣٠٨ ، ٤٤٣ ، والبيهقي في سننه : ٢/١٩٣ .

(٣) لم أجده بهذا اللفظ .

المعهود أو المشروع أو يعرف له نسبة من المكيال المشروع أو المعهود .

يبينه : ان الخبر ورد في بيع الحنطة ، والحنطة ما صارت محلاً للبيع باسمها وصورتها فان محل البيع بالمالية ، والحبة والحبتان من الحنطة ليس بمال وان كان براً وحنطة ، ولهذا لايجب على مَنْ اتلفها شئ ولاتصح الدعوى فيها عند الحكام ولابيعها وتوجد ملقاة في الطريق لايرغب احد في أخذها مثل الكف من التراب والشربة من ماء النهر على شفير النهر ، فدل ان البر ليس بمال لعينه ، وانما يصير مالاً عند كثرته واجتماع الحبات الكثيرة منه ، والكثرة ليس لها حد معلوم فيراجع فيه الشرع وذلك بان يصير بحيث يدخل تحت المكيال الشرعي فظهر بما ذكرنا ان الخبر ماتناول القليل أصلاً .

قالوا : وأما قول مَنْ قال من أصحابكم ان قوله عليه السلام (لاتبيعوا البر بالبّر) عام ، بلى ان لو اقتصر عليه ، فانما عند اتصال قوله (إلا مثلا بمثل) به تبين ان المراد ليس إلا المكيل منه . قالوا : وبهذا نعترض على قول من قال منكم : ان علة الكيل تخص اصلها فانه ليس كذلك ، لأن الأصل ماتناول إلاّ المكيل وهو الكثير على ما سبق . فتكون العلة حافظة لأصلها ، لا انها مضيعة أو مخصصة لأصلها .

قالوا : وتبين بما قلنا ان الأصل في الأشياء السته جواز / البيع ٨٦ / أ بقوله تعالى : ﴿ وَأَحَلَّ اللَّهُ البيْعَ ... ﴾ [1] ولأن هذا الخبر تضمن شرط زيادة على ما يعتبر في سائر المبياعات وهو وجوب المماثلة ثم اذا تماثلا جاز البيع لا

---

(١) سورة البقرة آية (٢٧٥) .

بعلة الكيل بل بأصل اباحة البيع .

واعترضوا بهذا على قول من قال من اصحابنا : ان الكيل علة في اباحة البيع ، فكيف يكون علة في تحريمه ؟ لانهم يقولون علة الاباحة عند المساواة ليس هو الكيل، بل انما جاز لأن الأصل جواز البيع في الأموال بقوله تعالى ﴿ وَأَحَلَّ اللَّهُ الْبَيْعَ ﴾[1] وبالسنة الواردة في ذلك .

واستدلوا : في انه لايجوز أن يكون الأصل هو حظر البيع في هذه الأموال لأنها أموال والأموال خلقت في الأصل لتكون بذلة ومهنة لبني آدم سواء كانت مطعومة أو غير مطعومة فكأن الأصل في الكل جواز التصرف من غير تفصيل ولاتخصيص، ولهذا المعنى صح البذل والإباحة في الكل ، وكذلك صح بيع المطعومات وشراءها بغير جنسها مثل مايجوز في سائر الأموال .

قالوا : وأما الأبضاع فمفارقة لمسألتنا ، لأن البضع جزء من الآدمي لم يخلق ليكون محلاً للعقود ومبتذلاً بالتحول والتملك . وانما جاز العقد على البضع لعارض دليل من حاجة الناس الى التوالد والتناسل فلما كان الأصل فيها الحرمة، وانما ابيح بعقد مخصوص بشرط مخصوص لم يحل لغيره .

وأما التعلق بشرف المحل في اثبات الحظرية فلايجوز ، لأن شرف المحل ان كان يدل على حظرية فينبغي ان يدل على حظرية البذل والإباحة لا على طريق العقد كالبضع على انكم جعلتم الشرف لما يتعلق به من القوام ، وهذا ان اشعر بشئ فانما يشعر بشدة الحاجة اليه وشدة الحاجة تدل على الإباحة ولاتدل على الحظر لأن البياعات انما شرعت للحاجات فاذا كثرت الحاجة فتكون المشروعية فيه أكثر وأظهر .

---

(١) سورة البقرة آية : (٢٧٥) .

وأما البضع فلم تكن الحرمة فيه لما قلتم من شرف المحل وانما كان بالوجه الذي قلنا ، فبطل ان يكون حكم النص ما قلتم بالوجه الذي ذكرنا وبقى ان يكون حكم النص هو ما قلنا والتعلق بالخبر فيه ظاهر على ما سبق ذكره .

وأما التعلق بالمعقول هو ان هذه الأشياء امثال متساوية قطعاً ، لأن الحنطة مثل الحنطة والشعير مثل الشعير .... الى آخره ، والفضل الخالي عن العوض حرام في البياعات ، لأن البيع لما شرع لطلب المال بعضو فإذا تعلق به وجوب فضل يخلو عن العوض فيكون ايجابه واثباته في البيع تغيير قضية البيع والبيع يفسد بتغيير قضيته .

ألا ترى انه لو شرط مثل هذا في سائر البيع بان قال : بعتك هذا العبد بهذه الجارية وهذا الثوب على أن لايكون بازاءه شئ من العبد فانه يفسد العقد ، فثبت ان الفضل الخالي عن العوض حرام .

واذا عرف هذا فنقول : " الشرع أوجب المماثلة في الأشياء السته لانها امثال متساوية وحرم الفضل الخالي عن العوض فأوجب المماثلة احترازاً عن الفضل الخالي عن العوض .

وبيان هذا : ان هذه الأشياء لما كانت امثالاً بنفسها وعينها وقعت المماثلة بينها بنفس المقابلة، واذا حصلت المماثلة بنفس المقابلة بيعاً ظهر الفضل الخالي عن العوض كالخيطين والخشبتين اذا قوبل احدهما بالآخر واحدهما اطول من صاحبه ظهر الفضل الخالي عن المقابل ، كذلك هاهنا يظهر الفضل الخالي عن العوض بالمقابلة بيعاً وصورة هذا وهو انه اذا باع صاعاً بصاعين صار الصاع بالصاع وجعل الصاع الثاني فضلاً لايقابله شئ من العوض فصار كما لو شرط في المسألة التي قدمنا ذكرها إلا ان هناك يحتاج الى الشرط بخلاف مسألتنا لأن تلك الأموال ليست بامثال متساوية وانما تعرف المماثلة بالقيمة والتقويم ساقط

في البيع ، لأن البيع يتناول عينا متقومة لا التقويم واذا سقط التقويم لم يظهر الفضل الخالي عن العوض إلا بالشرط ، وأما في مسألتنا فالأموال بنفسها امثال فيظهر الفضل الخالي عن العوض بنفس المقابلة .

قالوا : ولايجوز أن يقال ان فضل الجودة يوجد وهو خالٍ عن العوض على زعمكم هذا لايصح ، وذلك لأن فضل الجودة ساقط نصاً وحكماً .

أما النص : فقوله عليه السلام في بعض الأخبار " جيدها ورديئها سواء "[١]

ولأنه لو اشترى أو باع صاعاً جيداً بصاع رديئ جاز وسقط فضل الجودة ، وصار كالعدم .

والملخص من كلامهم : انه لما سقط فضل المالية من حيث الجودة بنص الشارع صارت المالية مقصورة على الذات ، وقد وُجدَ التساوي من حيث الذات في الصاع بالصاع فظهر الفضل الخالي عن العوض وهو الربا المحرم .

قالوا : وليس يختص عندنا بهذه الأموال بل في اي / موضع يوجد ٨٦/ب كان حراماً وتبين بهذا ان المحرم ليس هو الفضل المطلق ، لأن تحريم الفضل المطلق يؤدي الى تغيير وضع الشرع في البياعات فان الله تعالى أحل البيع لطلب الفضل فقال ﴿ وَابتَغُوا مِنْ فَضْلِ اللّهِ ﴾[٢] فاذا حرمنا الفضل مطلقاً غيرنا وضع الشرع في البياعات .

يبينه : انه اذا لم يطلب الفضل يكون بيع الشئ بمثله عبثاً ولعباً . فثبت ان المحرم هو الفضل من حيث القدر لا الفضل المطلق ، ولهذا لم تحرم الجودة ، لأنه ليس بفضل من حيث القدر .

---

(١) قال الزيلعي في نصب الراية : غريب ٣٧/٤ .

وقال ابن حجر في الدراية : لم أجده ، ومعناه يؤخذ من اطلاق حديث أبي سعيد . ١٥٦/٢ .

(٢) سورة الجمعة آية (١٠) .

قالوا : واذا ثبت هذه القواعد جئنا الى الكيل والجنس فنقول : الكيل هو المعنى المؤثر في حكم النص ، لأن حكم النص لما كان هو وجوب التسوية والكيل والجنس هما المؤثران في التسوية لأن بالكيل توجد المساواة قدراً وبالجنس توجد المساواة ذاتاً ومعنى فلايبقى بعد ذلك إلا الفضل من حيث الجودة وهو ساقط بالشرع واذا كان الكيل والجنس هما المؤثران صارا علتين .

وأما تحريم الفضل قالوا : علته هو الكيل مع الجنس بواسطة وجوب المماثلة مثل شراء القريب علة العتق بواسطة الملك ، كذلك الكيل مع الجنس علة تحريم الفضل بواسطة ايجاب المماثلة ، فان الكيل والجنس مؤثران في ايجاب المماثلة في الأموال التي هي اجناس متماثلة ثم ايجاب المماثلة مؤثر في تحريم الفضل على ما سبق بيانه .

فصح قولنا " ان الكيل والجنس مؤثران في تحريم الفضل بواسطة ايجاب المماثلة" . وظهر بهذا الأصل جريان الربا في الجص والنورة وما يشبهها لكونها امثالاً متساوية، ولأجل وجود الفضل الخالي عن العوض فيها وبالطريق الذي قلنا يظهر أيضا عدم جريانه في الفواكه والحبات والحفنات ، لانها ليست بامثال متساوية المالية ، ولأنه لم يدل الدليل على سقوط قيمة الجودة في هذه المحال بخلاف مسألتنا .

قالوا : وكذلك الكلام في الذهب والفضة وتعليلهما بالوزن ، لأن الوزن في الموزونات مثل الكيل في المكيلات، وسقط اعتبار الجودة أيضاً فيهما بالشرع ، وأيضاً لما أوجب الشرع ان يبيع مثلا بمثل ولايسقط اعتبار الجودة لم يتصور وجود البيع مثلا بمثل فيؤدي الى تكليف ما ليس في الوسع وهو باطل فسقط اعتبار كل فضل سوى القدر حتى لايؤدي الى هذه الخطة الشنعاء .

قالوا : وأما التعليل بالثمنية فباطل ، لأنها علة غير متعدية ، وشرط التعليل التعدي ، فان محل النص مستغنٍ عن التعليل بالنص فلم يكن التعليل إلاّ للتعدية فقط ودليلهم المعتمد ان غير المتعدية لايكون علة هو ان القياس حجة شرعية عملية لاعلمية فاذا لم يتعد لم يكن لها عمل ، والعلم لايحصل به أصلاً فيكون لغواً عبثاً من هذا الطريق .

قالوا : ولايجوز أن يكون عمله في حكم الأصل ، لأن الأصل مستغن عن التعليل بالنص ، وهذا لأن النص بنفسه كافٍ في اثبات هذا الحكم فكيف يشتغل بما فوق الكفاية ؟ ولايجوز التعليل لمعرفة المعنى ، لأن المعنى اذا لم يكن الحكم متمشياً عليه لايكون علة ، بل يكون حكمة ، والحكمة فائدة علمية لاعملية والعلم ساقط كما سبق ذكره .

قالوا : ولايجوز أن يقال ان المجتهد يطلق له الاجتهاد ولايدري انه يصيب علة متعدية أو غير متعدية ، يكون الكل علة صحيحة ، لأن هذا انما يكون حجة ان لو عرف ان المجتهد لايصيب إلاّ علة صحيحة ، فأما اذا كان يجوز آن يصيب علة صحيحة ، وأما اذا كان يجوز ان يصيب علة فاسدة فلادليل في هذا الكلام لانا نقول يجتهد فان أصاب علة متعدية فيكون قد أصاب علة صحيحة وان أصاب علة غير متعدية فيكون قد أصاب علة فاسدة فمثل هذه الحجة الرذلة انما تروج على الأغنام ولاتصدر إلاّ ممن ليس له علم ولا دراية إلاّ بظواهر المجادلات .

قالوا : وليس يدخل على علة الوزن الأواني المعدودة ، لأنه لم يوجد الوزن ولايجري الربا بعلة الوزن إلاّ بعدم وجود الوزن .

قالوا : وأما خواتم الذهب التي تعدّ عداً والأواني من الذهب والفضة اذا كانت تعدّ ولاتوزن فانما جرى الربا فيها ، لأن من مذهبنا ان عمل علة الوزن أو

الكيل في الفروع، فأما في الأصل فيجري فيه الربا بالنص لا بالعلة ، والنص متناول للذهب والفضة فكل ما هو ذهب وفضة سواء كان يوزن أو لايوزن يجري فيه الربا .

قالوا : ويخرج على ما قلنا ان الجنس بانفراده يحرم النسأ ، لأنه قد قام الدليل ان عمل الجنس والكيل في حكم النص على وجه واحد ، وقد سبق شرح هذا ، ثم الكيل بانفراده يستقل بتحريم النسأ ، فكذلك الجنس وقد قال / ٨٧/ أ النبي عليه السلام ﴿ اذا اختلف النوعان فبيعوا كيف شئتم بعد ان يكون يداً بيد ﴾ [١] فأسقط ربا الفضل بسقوط احد وصفي العلة وهو الجنس وابقى ربا النسأ ببقاء الوصف الآخر ، فكذلك يسقط ربا الفضل بسقوط أحد الوصفين وهو الكيل ويبقى ربا النسأ ببقاء الوصف الآخر وهو الجنس ، وصار الفضل المحرم في هذه الصورة هو الفضل من حيث التقدير ، وهذا لأن ربا النسأ اهم من ربا النقد لإجماع الأمة فيه ، ولأن تعامل الناس به أكثر ، وأما التعامل بربا النقد يندر جداً فجاء المشرع فيه بمزيد احتياط ومبالغة فأجراه بوصف واحد ووقع الإكتفاء به عن الوصفين .

وحرفهم : ان المماثلة كيلا تسقط بالشرع فبقي وجوب المماثلة من وجهٍ وهو الغيبية ليقع الإحتراز عن الفضل الخالي عن العوض من وجهٍ وهو الفضل نقداً ، وكما ان في المسألة الأولى صارت المالية مقصورة على الذات، فكذلك هاهنا صارت المالية مردودة مقصورة على الغيبية ويظهر باعتباره الفضل ويحرم بالطريق الذي سبق ذكره .

قالوا : وأما اذا أسلم الموزون في الموزون لايجوز اذا كانا ثمنين أو مثمنين ، أما اذا كان احدهما ثمنا والآخر مثمناً انما جاز للإجماع فيكون ذهاباً إلى تخصيص العلة .

---

(١) قال ابن حجر في الدراية : " لم أجده بهذا اللفظ والذي وجدته في حديث عبادة بن الصامت في الأشياء الربوية : فإذا اختلفت هذه الاصناف بيعوا كيف شئتم اذا كان يداً بيد : ٢/١٤٧.

وقد قال بعضهم : بجوازه ، وانما يكون جوازه ، لأن احدهما ثمن والآخر مثمن ، والوزن في الثمن يخالف الوزن في المثمن ، لأنه يشبه الكيل ، ألا ترى أنه لو باع الدراهم موازنة يجوز التصرف فيها قبل اعادة الوزن بخلاف المكيلات .
ويدل عليه : أنه لو اسلم الدراهم بوزن كذا في حنطةٍ كذا بكيلٍ كذا فدفع إليه الدراهم، وقال : هي على وزن المسمى يجوز ان يصدقه ويتصرف فيه ولايعيد الوزن ، وبمثله لو ان المسلم إليه جاء بالحنطة وقال : هي على كيل كذا فصدقه ولم يعد الكيل لايجوز فثبت ان الوزن في الأثمان يشبه الكيل فصار كما لو أسلم موزوناً في مكيل فبهذا الطريق جوّزنا ، ولم يدل جوازه على ان الوزن ليس بعلة .

قالوا : وأما الهروي بالمروي جنسان مختلفان لاختلاف الصنعة ولو ثبت انهما جنس واحد فانما يجري الربا فيها .
هذا جملة كلامهم في هذه المسائل .

الجواب :

أما الخبر الذي تعلقوا به ، فنحن قائلون به ، لأنه يتضمن جواز البيع اذا وجدت المماثلة كيلا وهو بعض ما يتناوله الخبر الذي تعلقنا به ، ويجوز أن يقال ان خبر أبي سعيد الخدري تضمن جواز البيع عند المماثلة صريحاً وتضمن تحريم البيع عند عدم المماثلة ضمناً ، وهذا لأن مضمون الأخبار واحد لايختلف وقد تضمنت حكمين : أحدهما : التحريم عند مقابلة هذه الأشياء بعضها ببعض ، والآخر : الإباحة عند وجود شرطها وهو المماثلة كيلا .

(=) وقد روى حديث عبادة بهذا اللفظ مسلم في صحيحه : ١٤/١١ مع النووي ، باب الربا .

وقولهم " ان الخبر دل ان حكم النص وجوب المماثلة .

قلنا : هو بعض حكم النص وتمامه ماذكرنا .

وهذا لأن قوله عليه السلام ﴿ لاتبيعوا البُر بالبُر ﴾ [١] كلام تام معقول المعنى والمراد بقوله ﴿مثلاً بمثل ﴾ [٢] لايوجب تغييره إلاّ بقدر ما تدعوا الضرورة اليه وهو اثبات جواز العقد عند المماثلة .

فأما اسقاط حكم التحريم الذي تناوله أول الخبر فلا دليل على سقوطه وهو نظير قوله عليه السلام ﴿ لايحل دم امرئ مسلم إلاّ باحدى ثلاث .... ﴾ [٣] الخبر .

وقد تضمن الخبر شيئين تحريم دم المسلم على الاطلاق ثم تحليله على وجود احدى هذه الجنايات الثلاث ، وهذا الخبر مثل الخبر الذي رويناه سواء .

وأما قوله عليه السلام ﴿ لاصلاة إلاّ بقراءة ﴾ [٤] (ولا صلاة إلاّ بطهور) [٥] (ولانكاح إلاّ بشهود) [٦] فنحن لاننكر أن يكون مثل هذا الخبر يتناول

---

(١) تقدم تخريجه .

(٢) تقدم تخريجه .

(٣) رواه البخاري في صحيحه :٢٠١/١٢ مع الفتح باب قول الله تعالى ((ان النفس بالنفس))

ومسلم في صحيحه :١٦٤/١١ مع النووي ، باب ما يباح به دم المسلم .

وانظر تخريجه : ٣١٩/١ من الاصطلام .

(٤) تقدم تخريجه

(٥) تقدم تخريجه

(٦) تقدم تخريجه

حكماً واحداً لقيام الدليل عليه، فأما اذا لم يقم الدليل عليه وامكن استفادة حكمين من الخبر على ما دل عليه ظاهره فلايترك له .

وأما الإستثناء المذكور فهو استثناء منقطع بمعنى " لكن " وهو مثل قوله تعالى

﴿ لا يَسْمَعُونَ فِيهَا لَغْواً وَلاتَأْثِيماً # إِلاَّ قِيلا سَلاماً سَلاماً ﴾ [١] ،

وقوله تعالى ﴿.... إِلاَّ خَطأً ..... ﴾ [٢] .

فان قالوا : " هذا مجاز " .

قلنا : يعدل اليه حتى لايسقط معنى الخبر الذي عرفناه وفهمناه في أوله وابتدائه ولايبقى أيضا على عمومه في القليل والكثير واذا كان " إلاَّ " لمعنى " لكن " لم يتغير الحكم الثابت بأول الخطاب به بل هو استئناف حكم آخر عند وجود المماثلة سوى ما سبق .

وأما قولهم " ان البر لم يصر محلاً للبيع باسمه وصورته " .

قلنا : البر مال قليله وكثيره ، وكيف لايكون مالاً ؟

وقد اختلف / العلماء في بيع الحفنات والحبّات منه ولايوجد هذا الإختلاف إلاَّ بعد الإتفاق على كونه مالاً . ٨٧/ب

يبينه : ان الخبر تضمن ما يباع من البر على العموم وما يباع من البُرّ لايكون إلا مالاً فالخبر لم يتضمن إلا بُراً يباع قلّ أو كثر .

والعجب ان قائل هذا الكلام كيف خفي عليه هذا الذي قلناه مع ظهوره

---

(١) سورة الواقعة آية (٢٥ ، ٢٦) .

(٢) سورة النساء آية (٩٣) جزء من آية .

ووضوحه؟ وأقل ما يظن به كبوة الجواد وعثرته وهفوة العالم وزلته .

وأعلم ان على هذا الطريق الذي قلناه لم يحتج إلى أن يدعى أن الحفنات والحبات مكيلة بل صار جملة الكلام ان أول الخبر تناول تحريماً على العموم في كل ما هو بر ، وأما التحليل المذكور في آخره تناول المكيل منه واستقام هذا لأن الاستثناء بمعنى استئناف كلام على وجه المجاز لا على الحقيقة ، الاستثناء .الذي هو استخراج بعض ماتناوله اللفظ الأول إلى هذا الموضع انتهى الكلام في الظواهر.

وأما الذي قالوا : انه لايجوز أن يكون الأصل في المطعوم تحريم البيع لانه مال.

قلنا : هو وان كان مالاً إلاّ ان المال والمال يجوز أن يختلف في الحكم ، والعبرة بما يدل عليه الدليل ، وهذا لأن الله تعالى خلق الأموال لمنافع بني آدم ، ونحن وان جعلنا الحظرية أصلاً في المطعومات لكن لم نغلق باب الإنتفاع بها ولانمنع التوصل اليها بوجوه كثيرة من شرائها بغير جنسها ، ومن الوصول اليها بوجه الهبات والعطايا والصدقات ، ولكن حظرنا البيع ليظهر حكم شرفه وخطره في الشرع ونقول على البذل والإباحة انه من جملة المعروف في الشرع فكيف يمنع منه ؟ وهذا لأن المعروف مأمور به فلايليق به المنع .

وأما الأبضاع فانما منع فيها البذل والإباحة ولم تحل إلاّ بعقد واحد صيانة للأنساب عن المفاسد على ما عرف في غير هذا الموضع .

وأما إذا باع المطعوم بغير جنسه فلا يكون مثل مالو باعه بجنسه لان بيعه بغير جنسه يدل على الغنية عنه وبيعه بجنسه يدل على الحاجة اليه ، فيجوز أن يكون الأصل هو الحظر عند الحاجة اليه ليبقى له مدخراً إلى وقت الحاجة ويباح بيعه بغير جنسه لاستغنائه عنه ، ويمكن ان يقال يباح شراؤه بغير جنسه لحاجته إليه ولايباح شراؤه بجنسه لعدم حاجته اليه ، فإن ألزموا علة القوت على

ماذكرنا من تعلق القوام به واظهار خطره وشرفه من هذا الوجه فليس يلزم ، لأن النص قد دل على بطلان علة القوت فانه عليه السلام نص على الملح ، وليس بقوت لأنه مطعوم .

وأما قولهم " ان تعلق القوام بالطعام يدل على شدة الحاجة اليه وشدة الحاجة تدل على الإباحة .

قلنا : هذا يدخل عليه فصل الابضاع ، وعلى ان هذا انما يلزم ان لو لم يفتح طريقاً للوصول اليه فأما مع وجود جهات كثيرة للوصول إلى المطعومات واندفاع الحاجة بها فليس يدخل على هذا الكلام .

وأما الجواب على الذي تعلقوا به من المعنى :-

فهو بناء على ان حكم النص هو ايجاب المماثلة ، وقد بينا انه ليس هذا هو حكم النص، انما حكم النص ما قدمنا ثم يقال لهم : الكلام في علة الربا وايجاب المماثلة لايكون ربا حتى يكون بيان علته كلاماً في علة الربا .

فإن قالوا : ان ايجاب المماثلة يؤدي إلى الربا فانه يظهر به الفضل الخالي عن العوض .

قلنا : حرمة الفضل الخالي عن العوض عندكم بناءً على وجوب التسوية والمماثلة وهو الأصل في حكم هذه النصوص على ما زعمتم ، فتكون هذه الأخبار واردة لبيان هذا الحكم اذا الأخبار وردت في بيان الربا باجماع الامة ، وايجاب المماثلة ليس بربا فيكون قد وضع في هذه الاخبار أصلاً يأباه الإجماع .

وعلى انا نقول الفضل الخالي عن العوض لايتصور في العقود أصلاً ، وكذلك وجود المماثلة بين المالين من كل وجه غير متصور أصلاً ، أما الأول فلأن العوض في العقود يجعل المتعاقدين فيهما اذا جعلا الصاع بالصاعين فأين خلو أحد

الصاعين من العوض؟، ولهذا عندهم ينعقد البيع على الصاع بالصاعين ويكون بيعاً فاسداً بوصفه لا بأصله على ما عرف من اصولهم ، وكذلك في الدرهم والدرهمين ، ولو خلا أحد الصاعين عن العوض لم يتصور انعقاد العقد عليه، ولايبقى لهم مع هذا متنفس أصلاً .

والدليل على ان المعتبر جعل المتعاقدين وجعلهما كذلك هاهنا .

وأما قولنا " ان المماثلة من كل وجه لايتصور : فان فضل المالية يوجد لاحدهما على الآخر وان قلّ ويتصور في فضل الجودة .

وقولهم : " ان الجودة ساقط الإعتبار " .

قلنا : المالية المتحققة كيف يسقط اعتبارها / ولو جاز أن يسقط ٨٨/ أ اعتبار هذا الفضل ويجعل كالعدم ، جاز أن يسقط اعتبار فضل القدر ويجعل كالعدم .

وأما الخبر فليس فيه أكثر من انه اذا تساويا كيلاً قلّ الفضل المحرم من قبل ويجوز أن يحرم شئ ثم يحل بسبب من قبل الشرع ، ويقال لهم أيضاً : ان سقط فضل الجودة لسقط نصا غير معقول المعنى فلا ينبغي أن يتعدى إلى الجص والنورة بل ينبغي أن يلزم محل النص ولايتعدى إلى غيره وهذا حرف معتمد ، وعلى ان الأصل الذي قالوه ينتقض بالعدديات المماثلة فانه لو باع منه اثنين بواحد فانه يجوز ، وهي أموال متماثلة بدليل انه لو أتلف بيضة أو جوزة لم يجب إلاّ المثل ولاينظر إلى الصغر والكبر فيلزم على هذا الفضل الخالي عن العوض الذي اعتمدوه فانه قد وجدها هنا ولم يحرم .

ثم يقال لهم هبّ ان حكم النص ما قلتم ، ومن أين لكم ان العلة هي الكيل مع الجنس؟ والذي قالوا : انهما يظهر المماثلة .

قلنا : اذا كان الربا هو الفضل الخالي عن العوض لاوجود المماثلة فيكون الكيل والجنس علة علة الربا لا العلة ، وتسمية علة العلة علة مجاز ، ولأن الحرمة قد تظهر بالشئ ولاتكون علة للحرمة كالأجل تظهر به حرمة النسأ ولايكون علة الحرمة هذا مجموع الكلام في أصل المسألة .

وأما الكلام على علة الأثمان فقد ذكرنا وجهه .

وقولهم : " أن غير المتعدية فلايكون علة " .

قلنا : العلة مادل الدليل على صحتها سواء تعدّت أو لا ، وانما التعدي نافي الصحة والذي قالوا : ان علل الشرع عملية " .

قلنا : العمل قد وجد في الأصل " .

فإن قالوا : الحكم في الأصل لايثبت بالعلة .

قلنا : بل يثبت ، لأنه ما لم يثبت الحكم في الأصل بالعلة لايتصور تعديتها .

وقولهم : " ان العلة في الأصل مستغني عنها ".

قلنا : يجوز أن يثبت الحكم بالكتاب والسنة وان وقع الإستغناء عن احدهما وكذا يجوز لعلتين وان وقعت الغنية باحدهما عن الأحرى ، كذا هاهنا جاز أن يثبت الحكم بالنص والعلة وان وقعت الغنية بالنص عن العلة ثم نقول التعدية لطلب الفائدة ، وقد حصلت الفائدة في مسألتنا بحصر الحكم في المنصوص عليه حتى لايلحق غيره به .

فإن قالوا : هذا يثبت بمجرد النص مع غير تعليل .

قلنا : هذا لايثبت ، لأن النص لايتعرض لما سوى المنصوص عليه لابنفي ولا باثبات فاذا عللنا وكانت العلة غير منعدمة تعرضت العلة لما سوى المنصوص عليه بالنفي فأفاد من هذا الوجه ، وعلى هذا الأصل الذي قلنا يخرج الجواب عن

قولهم فيما احتجوا في مسألة الجنس بانفراده فان عمدتهم ان الجنس في التأثير بمنزلة الكيل ، وليس بشئ ، فإنه لايعرف تأثير إلاّ للطعم ، فأما الجنس فشرط محض وليس له تأثير ، وعلى انه يلزم على ما قالوه اسلام الدراهم في الزعفران فانه يجوز وان جمع من البدلين أحد وصفي علة الربا الفضل وهو الوزن .

وقولهم " انا نخص العلة بالإجماع " .

باطل، لأنه اعتراف بنقض العلة ، وذلك اعتراف بفساد العلة لأن الفاسد والمنتقض بمعنى واحد ولأن العلة انما تكون علة الحكم ، لأنها تفيد قوة الظن ، واذا وجدت العلة مع تخلف الحكم يذهب قوة الظن والعذر الآخر باطل ، لأن عندهم العلة أصل الوزن ، وأصل الوزن قد جمع البدلين سواء كان احدهما ثمناً والآخر مثمناً أو كانا ثمنين أو مثمنين .

وقولهم " ان الوزن في المثمنات يشبه الكيل " .

دعوى باطلة ، والمسألة التي قالوها على اصولهم .

وعندنا : لابد من اعادة الوزن كما لابد من اعادة الكيل .

وقال بعض أصحابنا [١] في هذه المسألة : ان الثياب والعبيد ليست بأموال الربا بدليل انه لايجري فيهما ربا الفضل فلا يجري فيه ربا النسأ ، وقال هذا القائل متى سقط ربا الفضل في محل لابد أن يسقط ربا النسأ ، لأن الفضل عيناً أفحش من الفضل نقداً فاذا لم يحرم أفحش الفضلين كيف يحرم أدناهما ؟ وزعم

---

(١) الشيرازي في نكته : ورقة ١٣٢/أ .

انه اذا اسلم الحنطة في الشعير انما لايجوز لوجوب التقابض لا لأنه محل الربا النسأ ، وهذا ليس بقوي ، لأنه يؤدي إلى ابطال ربا النسأ ورفضه وقد أجمعت الأمم على جريانه ، ويقال أيضاً اذا جاز ربا ترك القبض مع عدم جريان ربا الفضل، وكذلك جاز في ربا النسأ مثله والاعتماد على ما سبق ، والله تعالى أعلم بالصواب .

﴿ مسألة ﴾

التقابض عندنا واجب اذا باع مال الربا بعضه ببعض وتركه ربا ويستوي في هذا الحكم الأثمان والمطعومات .[١]

وعندهم : لايجب التقابض في محلٍ ما .[٢]

وزعموا انه انما وجب في الأثمان اذا بيع بعضها / ببعض[٣] ، لأن حكم الأثمان عندهم الدينيّة ، لأن بيع الدين بالدين لايجوز . ٨٨/ب

وصورته : اذا باع خمسة دراهم بنصف دينار فاذا قلنا انه لايتعين يؤدي إلى بيع الدين بالدين ، والنبي ﷺ نهى عن ذلك ولايتعين بالتعيين وانما يتعين بالقبض فشرط القبض ليكون العقدعين بعين، وزعموا ان ترك القبض لايكون ربابحال .

لنا :

السنة الثابتة عن النبي ﷺ وهو قوله ﴿ لاتبيعوا الذهب بالذهب . ﴾[٤]

---

(١) النكت :ورقة ١٣١/ب ، الأم ٣١/٣ ، شرح السنة للبغوي :٦٠/٨ ، معالم السنن ٦٤٥/٣ ، المهذب :٣٦١/١ ، تهذيب الاحكام :ورقة ١٠/أ ـ كتاب البيع ، وهو قول الحنابلة والمالكية .

انظر : المغني: ٦٣/٦ ، الاشراف للبغدادي ٢٥٦/١ ، الكافي في فقه أهل المدينة ٦٤٠/٢، ٦٤١ .

(٢) مختلف الرواية : ورقة ١٥٧/ب ، مختصر القدوري : ٢٧٥/١ .

(٣) مختصر القدوري :٢٧٥/١ ونصه " وعقد الصرف ما وقع على جنس الأثمان يعتبر قبضه وقبض عوضه في المجلس .... " اهـ .

(٤) تقدم تخريجه .

الى أخر الأشيـاء الثلاثة إلاّ مثـلا بمثل يداً بيـد ، فقـوله (يداً بيـد) نص في ايجاب التقابض .

فإن قالوا : المراد به عينا بعين .

قلنا : قد قال في الخبر(عينا بعين) [١] ، وقوله (يداً بيد) [٢] غيره في اللفظ والمعنى: قالوا : اليد عبارة عن الجارحة ، والجارحة بالجارحة لاتجب فصار المراد من الخبر ما تكون اليد آلة له ، واليد الة للقبض بمثل ما هي آلة التعيين فاستوى معنى القبض والتعيين في قوله (يداً بيد) من هذا الوجه فلم يكن احد المعنيين بأولى من الآخر .

قالوا : وأما قوله (عينا بعين) فهو تأكيد لقوله (يداً بيد) ، مثل قوله ﷺ مثلاً بمثل سواء بسواء " .

الجواب :

إن اليد باليد لايعرف منه في العرف والعادة إلاّ القبض بالقبض وهذا ظاهر لاخفاء به ، والحقيقة العرفية مرجوع اليها في المعاملات بدليل نقد البلد ويصير كما لو عين النقد كذلك هاهنا تصير الحقيقة العرفية هي المعتبرة والمحكّمة في الباب فصار كما لو قال قبضاً بقبض ، ولأن القبض يختص باليد ، فاما التعيين لايختص باليد فانه قد يكون بالإشارة باليد ، وقد يكون بالتسمية باللسان ، فإن قول القائل "هذا " تعيين نصاً وصريحاً،وليس في القول ما يكون قبضاً بحال

وأما المعنى نقول :

ترك التقابض ربا ، لأن الربا عبارة عن الفضل وهو الفضل المطلق على ما سبق

---

(١)، (٢) رواه الطحاوي في شرح معاني الآثار : ٤/٤ .

ذكره ، والفضل قد يكون من وجوه كثيرة فقد يكون قدراً في الصاع بالصاعين ، ويكون نقداً بالعين في النسأ ، ويكون أيضاً قبضاً بالمقبوض على غير المقبوض، وكما ان الزيادة العينية وزيادة القدر مطلوبة، كذلك زيادة القبض مطلوبة بل الزيادة من حيث اليد فوق الزيادة من حيث العينية ، لأن الأعيان انما تطلب ليتوصل اليها بالأيدي ، ولأن اليد تقصد بنفسها في كثير من العقود على ما عرف في المسائل والعينية لاتقصد بنفسها بحال واذا ثبت انه ربا فيحرم في جميع أموال الربا والأثمان والمطعومات كلها من أموال الربا فوجب التقابض في الكل نفياً للربا على العقد .

فإن قيل : انما يتصور الفضل من حيث اليد ان لو أوجبنا القبض في أحدهما وأخرناه دون الآخر حتى يكون مثل العين بالدين فأما اذا سوّينا بين العوضين في القبض ايجاباً واستحقاقاً ومكان استحقاق وزمان استحقاق فلايتحقق الفضل .

قلنا : يتحقق ، لأنه اذا لم يجب التقابض يجوز أن يقبض أحدهما احد العوضين ويتأخر قبض العوض الآخر بعارض فيوجد الفضل ، واذا وجب التقابض وقع الأمن عن مثل هذا والإحتراز عما هو ربا واجب ، وانما يقع الإحتراز بهذا .

وأما حجتهم :

قالوا : القبض لايصلح واجباً في مسألتنا ، لأنه لو وجب انما وجب ليكون شرطا لصحة العقد ولايصلح شرطا لصحة العقد ، لأن القبض حكم العقد ، وحكم العقد يتراخي عن العقد ، وشرط العقد يقترن بالعقد ، وما يتراخى عن العقد لايتصور شرطه مقترنا بالعقد ليصح به العقد .

قالوا : ولأن الربا عبارة عن الزيادة ، ولازيادة للمقبوض على غير المقبوض

بدليل ان في عادة التجار لايبذل بازاءه عوض والزيادة ما تبذل بازاءها زيادة ، وبهذا فارق الفضل من حيث القدر ومن حيث المعنى ، ولايلزمه الذهب بالذهب والفضة بالفضة ، لأن التقابض انما وجب في هذه الصورة ليكون عينا بعين على ما سبق بيانه ، وهذا لأنه اذا لم يتقابضا يبقى الذهب بالذهب والفضة بالفضة دينا بدين ، وذلك حرام بنهي الشارع .

قالوا : وليس كما لو باع الحلي بعضه ببعض ، لأنه وان تعين إلاّ ان عامة البياعات انما توجد بين العوام فهم لايعرفون ما يتعين ممالايتعين فلو ألزمناهم التفضيل وقعوا في حرج عظيم فالشرع نقل ايجاب التقابض للتعيين من الأثمان إلى اسم الذهب والفضة دفعاً للحرج ، ونظير هذا انكم عللتم الربا بالذهب والفضة بالثمنية ثم اجريتموه في الحلى بالحلى جريا على ما قلنا كذا هاهنا .

قالوا : / وليس كما لو قبض أحد البدلين في الأثمان حيث يجب ٨٩/أ قبض البدل الآخر ، وإن زال الدين بالدين ، لأن عندنا انما وجب قبض البدلين تسوية بين العوضين ، ومن قضية المعاوضة التسوية .

وبعضهم قال : وجب احترازاً من الربا لأن العين خير من الدين وأزيد منه في المالية .

وقد قال بعض العلماء : ان الدين ليس بمال ما لم يقبض فان لم نقل بهذا فلا أقل من أن نقول ان العين أكثر مالية من الدين ، واذا كان أكثر مالية فتحقق الفضل الذي هو ربا .

وأما في مسألتنا لايتحقق فضل هو ربا بحال ، وتحريرهم باع عيناً بعين فلايجب فيها التقابض كثوب بثوب .

الجواب :

قولهم : " ان القبض لايصلح شرطاً لصحة العقد " .

قلنا : يصلح على ما سبق ذكره ويصير التقابض الموجود في المجلس كالموجود مقترناً بالعقد ورخص في التأخير دفعاً للحرج عن الناس ، ولأن زمان المجلس بمنزلة زمان العقد في كثير من الأحكام .

قولهم : " ان القبض يوجب العقد " .

قلنا : يدخل عليه التعيين في الدراهم ثم نقول موجب العقد قبض مطلق وجب ليتوصل به إلى المعقود عليه ، فأما القبض الذي يجب في المجلس لنفي الربا فلا يصلح إلاّ شرطاً لصحة العقد .

قولهم : " ان المقبوض ليس له فضل على غيره " .

قد سبق الجواب عنه ولايعتبر بعرف التجار بعد ان عرفنا الزيادة محسوساً ومسموعاً ومشروعاً والذي اعتذروا به عن الأثمان ليس بشئ ويبطل بالحلي بالحلي .

والذي قالوه انه لدفع الحرج عن العوام .

قلنا : كيف هذا ؟ وقد قلتم بتعين الحلي وعدم تعين الأثمان ، وعلى ان جهل العوام ليس بعذر في محل ما ، ويلزمهم اذا قبض أحد البدلين .

قولهم : " وجب التسوية " .

قلنا : ينبغي اذا رضى المتعاقدان يجوز ، لأن وجوب التسوية يكون لحق المتعاقدين ويبطل بما لو باع دراهما بفلوس وقبض أحد البدلين يجوز مع فقدان التسوية .

وقد ذهب بعض مشايخنا : إلى ايجاب التقابض لنفي الغرر ، ولم أر الإعتماد عليه ، لأن العقد عندنا يبطل لأجل الربا ، لا لأجل الغرر ، والله أعلم بالصواب .

﴿ مسألة ﴾

بيع الرطب بالتمر لايجوز بحال ، وهو قول أكثر أهل العلم .[١]

وعند أبي حنيفة رحمة الله عليه : يجوز اذا تماثلا كيلاً بكيل .[٢]

لنا :

ما روى مالك عن عبد الله[٣] بن يزيد عن زيد[٤] بن عياش عن سعد بن أبي وقاص أن النبي ﷺ نهى عن بيع الرطب بالتمر ، وقال : انه ينقص إذا جف "[٥]

---

(١) وهو قول الصاحبين قال ابن عبد البر : جمهور علماء المسلمين على ان بيـــع الرطب بالتـــمر لايجوز بحال من الاحوال ، الام :١٥/٣ ، المهذب :٣٦٤/١ ، النكت ورقه ١٣٣/ب ، المغني : ٦٧/٦ ، مختلف الرواية ورقه ١٤٤/ب .

الاشراف للبغدادي : ٢٥٩/١ ، قوانين الاحكام الشرعيـة ص ٢٨٠ ، الكافي في فقــه أهل المدينة :٦٤٨/٢ ، شرح معاني الآثار :٦/٤ ، المنتقى للباجي : ٢٤٣/٤ ، تكملة المجمـوع : ٢٦٨/١٠ ، ٢٦٩ ، للسبكي .

(٢) الاسـرار ورقــه ٧٩/٢/أ ، مـخـتـصـر الطحـاوي: ٧٧ ، المبـسـوط :١٨٤/١٢ ، مختـــلف الرواية : ورقة ١٤٤/ب ، فتح القدير ٢٧/٧ ، رؤوس المسائل ص ٢٨٤ ، شرح معاني الآثار : ٦/٤ .

(٣) عبد الله بن يزيد المخزومي المدني المقرئ الأعور مولى الاسود بن سفيـان من شيوخ مالك ثقة من السادسة مات سنة ١٤٨هـ . روى له أصحاب الكتب الستة . انظر التقريب : ص ١٩٤ .

(٤) زيد ابو عـيـاش هو ابن عـيـاش روى له اصحاب السنن ،وثقه الدارقطني وجـهله ابن عبد البر وابو حنيفة وابن حزم .

تهذيب التهذيب ٤٢٤/٣ ، التقريب : ص ١١٤ .

(٥) رواه مالك في الموطأ ٢٤٢/٤ مع المنتقى ، باب ما يكره من بيع التمر . ==

وفي رواية " انه ﷺ سئل عن بيع الرطب بالتمر ، فقال : أو ينقص الرطب اذا جف ؟ قالوا : نعم ، قال : فلا اذاً .[١]

والخبر نص ، وهو معتمد .

وأما بيان حقيقة المسألة : هي ان المماثلة لم توجد بين الرطب والتمر وصحة العقد مبنية على وجود المماثلة ، والدليل على فوات المماثلة ان للتمر حالتان : حال الرطوبة وحالة الجفاف ، والمماثلة تعتبر في حالة الجفاف . لأنه اعدل حالتي التمر ، وأعدل حالتي الشئ أولى حالتيه باعتبار المماثلة فيها بدليل النص والحكم والمعقول : ـ أما النص فهو ماذكرنا .

(=) والدارقطني في سننه :٣/٤٩ ، ٥٠ .

والترمذي في سننه :٥/٢٣٣ ، مع العارضة ، باب ما جاء في النهي عن المحافلة .

وأبو داود في سننه : ٣/٦٥٤ ـ ٦٥٧ مع المعالم ، باب بيع التمر بالتمر .

وابن ماجه في سننه : ٢/ ٧٦١ رقم الحديث ٢٢٦٤ .

والنسائي في سننه : ٧/٢٣٦ باب اشتراء الرطب بالتمر .

والشافعي في كتاب الام : ٣/ ١٥ .

والحاكم في المستدرك :٢ /٣٨ ، ٣٩ ، وقال : " هذا حديث صحيح لاجماع ائمة النقل على امامة مالك ابن أنس وانه محكم في كل ما يرويه من الحديث اذ لم يوجد في رواياته إلاّ الصحيح خصوصاً في حديث اهل المدينة ثم لمتابعة هؤلاء الائمة اياه في روايته عبد الله بن يزيد ، والشيخان لم يخرجاه لماخشياه من جهالة زيد أبي عياش " اهـ .

(١) رواها الطحاوي في شرح معاني الآثار : ٤/٦ .

والدارقطني في سننه : ٣/٥٠ .

والحاكم في المستدرك : ٢/٣٨ . ==

أما الحكم : فلأنه لو باع الحنطة بالدقيق متماثلاً لايجوز متماثلين لأن للحنطة حالتان: حالة اجتماع اجزائها ، وحالة تفرقها فاعتبرت المماثلة في حالة اجتماع اجزائها ، لأنها أعدل حالتيها ، وكذا بيع المقلية بغير المقلية متماثلاً لايجوز بناء على هذا الأصل .

وأما المعقول : وهو بيان حرف المسألة ، فلأنا بينا ان الأصل في أموال الربا حرمة العقد ، وانما جاز العقد على التماثل على وجه انه مخلص عن الحظرية فيكون على طريق الرخصة ، لأن حقيقة الرخصة اباحة عارضة مع قيام الدليل الحاظر ، واباحة العقد في أموال الربا عند المماثلة من هذا القبيل ، لأن المحرم هو الطعم ، وقد جازالعقد عند وجود المماثلة مع قيام صفة الطعمية فدل ان الجواز رخصة ، والرخص تتبع الحاجات فقد جاز البيع متماثلاً لأجل الحاجة وما رخص فيه لأجل الحاجة تعتبر فيه كمال الحاجة ، كما أن ما رخص فيه لأجل الضرورة تعتبر فيه كمال الضرورة ، وكمال الحاجة توجد عند الجفاف ، فأما في حال الرطوبة فلاتكمل الحاجة ، وإنما قلنا ذلك ، لأن الحاجات إلى الأعيان لمنافعها فيكون توفر الحاجات بتوفر المنافع وكمالها بكمالها ، وحال كمال المنافع وتوفرها حال الجفاف ، لأنه يوجد فيها كل المنافع المطلوبة / من التمور .

٨٩/ب

وأما في حال الرطوبة توجد بعض المنافع دون بعض ، وهذا ظاهر ، لايحتاج إلى شرح وبيان ،ومثال ما قلناه هو الحنطة بالدقيق والمقلية بغير المقلية على السواء

(=) قال الشيرازي في النكت : " ذكره ابن خزيمة في مختصر المختصر الذي يقبل فيه العدل عن العدل ، وقال الدارقطني : هذا حديث صحيح .... " اهـ ورقة ١٣٣/أ .

ولايعرف معنى يصلح للاعتماد عليه في منع بيع الحنطة بالدقيق سوى هذا فصار مسألتنا نظيره ، ومثاله في الشرع وتتبعه مسألتنا في حكمه .

أما حجتهم :

تعلقوا بقوله ﷺ ﴿ التمر بالتمر مثلا بمثل ﴾ [١]

قالوا : والرطب تمر ، لأن التمر اسم للثمرة الخارجة من النخل من أول بروزها وظهورها إلى أخر فنائها وانعدامها مثل الآدمي اسم للشخص المخلوق على الهيئة المخصوصة من أول انفصاله من الرحم إلى آخر فنائه ، وكل اسم كان على هذا الوجه يستمر على تبدل التارات والأحوال ولايختلف باختلافها مثل اسم الآدمي استمر على تبديل الأحوال من الشباب والكهولة والشيخوخة وغيرها ، كذلك هذا الاسم وهو اسم التمر يستمر مع تبديل الأحوال من حال بُسر إلى حال أذناب إلى حال أرطاب إلى حال جفاف قالوا : ولأن الربا جارٍ [٢] بين الرطب والتمر باجماع الأمة وانما جرى على انه تمر بتمر، ولو ذلك لم يجر [٣] الربا ، لأنه اذا لم يكن تمراً يخرج عن ظاهر قوله (التمر بالتمر) ويدخل في قوله ﷺ (فإذا اختلف النوعان فبيعوا كيف شئتم) [٤] ولهم دلائل كثيرة على أن الرطب تمر سوى ما بينا وما ذكرناه معنى وعليه الإعتماد .

---

(١) تقدم تخريجه .

(٢) في المخطوط (جاري) والتصويب من المحقق .

(٣) في المخطوط (يجري) والتصويب من المحقق .

(٤) سبق تخريجه .

وإذا ثبت ان الرطب تمر نقول : باع التمر بالتمر مثلا فانه لاتتصور المماثلة بين الرطب والتمر إلا على الوجه في هذه الحالة ، فأما في حال الجفاف فلايكون مماثلة بين الرطب والتمر ، لأنه لارطب فكيف يوجد المماثلة بين الرطب والتمر ولا رطب ؟ لأن المماثلة شرط العقد ليصح العقد ، والشروط انما يعتبر عند العقد بدليل سائر الشرائط من الشهادة في النكاح وخلو المرأة عن العدة ، والقدرة على التسليم في البيع وغيره .

وحرفهم الذي يعتمدون عليه ويعدونه مشكلا : هو أن الرطب لما كان تمراً دخل في قوله ﷺ (التمر بالتمر مثلاً بمثل)[١] .

وقد بينا ان حكم النص هو إيجاب المماثلة عند ارادة البيع ، فالشرع أوجب المماثلة بين الرطب والتمر ، ولاتجب المماثلة إلاّ بعد الإمكان لئلا يؤدي إلى تكليف ما ليس في الوسع ، لأن تكليف ما ليس في وسع الإنسان ساقط عن العباد ، فدل خطاب إيجاب المماثلة على إمكان المماثلة ولا امكان ولاتصوّر سوى التماثل عند العقد ، فدل ان الخطاب يتناوله واقتضاه فانه اذا وجد جاز العقد .

قالوا : وأما الخبر الذي يروون فهو ضعيف في الإسناد[٢] على ما عرف ، ولم

---

(١) سبق تخريجه .

(٢) يقولون " ان زيداً أبا عياش مجهول " الاسرار ٢/٧٩/ب .

قال الخطابي في معالم السنن : " وليس الأمر على ما توهمه ، وأبو عياش هذا مولى لبني زهرة معروف وقد ذكره مالك في الموطأ ، وهو لايروي عن رجل متروك الحديث بوجه وهذا من شأن مالك وعادته معلوم " اهـ ٣/٦٥٧ . وقد سبقت ترجمته وتوثيق الدارقطني له.

يذكر في شئ من الكتب المذكورة على الوجه الذي رويتم .[١]

وان قلتم : انه مذكور في الموطأ ، فهو مذكور لا على الوجه الذي تروونه[٢] ثم قالوا: الخبرالذي روينا من خبر التواتر لأنه قبلته الأمة وعملوا بموجبه لأجله فيوجب العلم ، وخبركم خبر واحد لايوجب العلم وعمله تقييد هذا المطلق ، ومعنى التقييد هو تقييد المماثلة في التمر بالتمر في زمان الجفاف وتقييد المطلق زيادة على المطلق فيكون نسخاً على ما عرف من أصلنا ونسخ الحكم الثابت بالخبر المتواتر لايجوز بخبرالواحد.

قالوا : وأما بيع الحنطة بالدقيق انما لايجوز ، لأن المماثلة بين الحنطة والحنطة لم توجد، فإن الدقيق ليس بحنطة ، وأما الرطب تمر على ماسبق بيانه ، وانما جرى الربا في الدقيق ، لأنه أجزاء حنطة متفرقة فلما انه أجزاء الحنطة احتيط للربا وحكم بجريانه ، ثم اذا جرى أجرى ماكان ثابتاً وهو الربا بين الحنطة والحنطة فاعتبرت المماثلة بين الحنطة والحنطة ولم توجد ففسد من هذا الوجه ، ولايوجد مثل هذا في مسألتنا ، لأن الرطب تمر حقيقة .

وأما القاضي أبو زيد[٣] فانه قال في العذر عن الحنطة بالدقيق والمقلية بغير المقلية : ان التسوية ما وجبت عليها في هذه الحالة وانما وجبت قبل القلي وقبل الطحن باعتبار المعيار الذي يوجد في حال بقائه على أصل الخلقة وحين توجه الخطاب

---

(١) بل ، هو مروي على هذا الوجه عند الطحاوي في شرح معاني الاثار :٦/٤ ، والدارقطني في سننه :٣/ ٥٠ ، والحاكم في المستدرك :٣٨/٢ .

(٢) رواية الموطأ " يسأل عن اشتراء التمر بالرطب ، فقال : رسول الله ﷺ (أينقص الرطب اذا يبس ؟ فقالوا : نعم ، فنهى عن ذلك) الموطأ :٢٤٢/٤ ، مع المنتقى .

(٣) انظر الاسرار : ٢/ ٨٠/ب (مراد ملا) .

علينا يومئذ كانت التسوية في وسعنا ، ثم العبد بالقلي والطحن أبطل المعيار على نفسه فبقى في الواجب ويجوز أن يبقى على العبد واجب بتقصيره وجنايته على وجهٍ لايقدر أن يخرج منه : إما أن يجب على العبد ابتداءً على وجهٍ لا/يطيقه ولايوجد في وسعه فلا يجوز . ٩٠/أ

وربما عبروا عن هذا وقالوا : التسوية انما وجبت علينا لأن الله تعالى لما خلق هذه الأموال متساوية المالية قطعاً ويقينا تصور فيها فضل يخلو عن العوض فوجب التسوية احترازاً عن ذلك الفضل فلولا ان التمر والرطب متساوية المالية باعتبار هذا الكيل الموجود لما تصور فيها الفضل الخالي عن العوض حتى يجب الإحتراز عنه ، فإذا تساويا كيلاً اندفع الفضل الذي وجب الإحتراز عنه بخلاف المقيلة بغير المقيلة والحنطه مع الدقيق ، لأن الفضل فيه حرم في حال أصل الخلقة بكونه أمثالاً متساوية ، وذلك قبل القلي وقبل الطحن ، وكان الإحتراز عن الفضل يحصل بالكيل في تلك الحالة ، وقد أبطل ذلك الكيل على نفسه وما وجدت عن الكيل وهو بين الحنطة والدقيق لايعلم انه يحصل به الإحتراز عن ذلك الفضل أم لا ؟ فبقى في الحرمة لعدم المخلص .

وأما في مسألتنا انما حرم الفضل بناء على هذا الكيل الذي يوجد بين الرطب والتمر فاذا استويا كيلاً انعدم الفضل ثم الإحتراز فلم يبق لفساد العقد وجه .

قالوا : وأما المبلولة بغير المبلولة فيجوز ، لأنه بالبلّ أعادها إلى حالة الرطوبة التي خلقت عليها فصارت كأنها لم تحدث فيها صفة لم تكن ، فبقى الكيل مخلصاً .

قالوا : ولايجوز أن يقال ان الرطب لاتنكسر في المكيال والتمر ينكسر فوجدت المفاضلة عيناً ، لأن الكسر غير معتبر بل المعتبر وجود ملء المكيال فحسب ، وقد وجد من الجانبين ، وعلى انه لما وجبت التسوية والمساواة بالمماثلة كيلا فلابد

ان يهدر الفضل الذي يوجد باعتبار الكسر لتتحقق المماثلة الواجبة في الشرع .
قالوا : وأما الحاجة التي قلتم فكيف يجوز أن يقال جاز بالحاجة ؟ ولا حاجة في بيع المثل بالمثل بحال ، وانما يجوز في هذه الصورة وأيّ حاجة يمكن تحقيقها في مثل هذا الموضع .

الجواب :

أما التعلق بالخبر فنحن نقول به ، لأنه وارد باثبات الحظر إلاّ عند المماثلة كيلاً، ونحن نقول به ، وليس في الخبر تعرض لزمان المماثلة فتعرض له دليل آخر : أما الخبر أو القياس ، وقد بينا ان التمر له حالتان وقد قام الدليل على تقييد المماثلة باحدى الحالتين ، وذلك إمّا بالخبر وان كان واحداً أو بالقياس على ما سبق .

وقولهم : " ان هذا الخبر يوجب العلم وذلك الخبر لايوجب العلم " .

قلنا : هبّ ان الخبر الذي رويتم متواتر موجب للعلم والعمل لكن لم يتعرض لما تعرض له بخبر الذي روينا فلايوجد بين الخبرين معارضة ، ومقابلة ، وانما أحد الخبرين ورد في شئ والآخر في شئ آخر وتضمن مجموعها ثبوت الحظر في الأصل إلاّ عند المماثلة كيلاً في زمان الجفاف .

وأما قولهم : " ان الرطب تمر " .

سلمنا لهم ومشينا الكلام .

وقولهم : ان الشرع أوجب التسوية فلابد من تصور وجود المساواة " .

قلنا : أوجب التسوية ليكون خلاصاً عن الحظر على العموم بل يجوز ان يكون الحظر على العموم لعموم العلة والخلاص في محل مخصوص لخصوص المخلص ، وليس هذا من باب تكليف ما ليس في الوسع ، لأن الحكم ليس هو إيجاب التسوية انما الحكم هو الحظرية على ما سبق وليس فيه تكليف شئ ثم جعل

التسوية بالكيل مخلصاً ، وقد قام الدليل على تقييده بزمان مخصوص ، فإذا لم يوجد في ذلك الزمان بقى داخلاً تحت الحظر الذي هو حكم النص ثم يلزم على جميع ما يقولون بيع الحنطة بالدقيق .

وقولهم : ليس بحنطة " .

قلنا : لا ، بل هو حنطة تفرقت أجزاؤها وانما بقى محلاً للربا بهذا الوجه .

وقولهم : " ان الربا يجري بجهة الاحتياط " .

قلنا : وأيّ إحتياط مع فقدان المحل ، وعلى انه اذا صار محلاً للربا بأصل الوضع أو بالاحتياط وجب انه اذا وجدت المماثلة في هذه الحالة اعني ـ الحنطة والدقيق ان يجوز ـ وهو أولى ، لأن أمر الاحتياط أخف من أمر الوضع الأصلي.

وأما عذر أبي زيد فهو بناء على أصله الذي قاله : ان حكم النص وجوب التسوية " .

وقد بينّا الكلام عليه ، ثم يقال هل استمر خطاب ايجاب التسوية بعد الطحن والقلي،؟ فإن قلتم : لم يستمر وجب أن لايكون محلاً للربا ، وإن قلتم : قد استمر الخطاب بايجاب التسوية فوجب ان يكون العبد متمكناً من تحصيلها وإلايؤدي ذلك إلى ما قلتم من تكليف العبد ما ليس في وسعه .

وقولهم / انه بفعله سد الباب على نفسه " . ٩٠/ب

قلنا : وجب ألايفسد ، لأن الأمر قبل الطحن وبعده واحد فوجب أن يكون التمكن من الامتثال على وجه واحد ، وهذا لأن الطحن والقلي مباح فلايجوز أن ينسدّ عليه باب الخلاص بفعل هو مباح ، نعم ، لو كان الفعل محظوراً لكان يتصور ، فأما مع الإباحة فلا .

وأما بيع الرطب بالرطب ففساده خارج على الأصل الذي ذكرناه عند التأمل والله أعلم .

﴿ مسألة ﴾

اذا باع مُدّ عجوة ودرهم بمديّ عجوة لم يجز عندنا مالم ينص على المدّ بالمدّ .[١]

وعندهم : يجوز المدّ بالمدّ باطلاق العقد .[٢]

وعلى هذا الخلاف اذا باع ديناراً ودرهماً بدينارين ودرهمين ، أو باع كرّ حنطة وكرّ شعير بكرّي حنطة أو كرّىّ شعير لايجوز عندنا ما لم ينص على وجه الصحة.[٣]

وعندهم : يجوز ويصرف الجنس الى خلاف الجنس .[٤]

لنا :

الحديث الذي رويناه وهو قوله ﷺ ﴿ لاتبيعوا التمر بالتمر إلاّ مثلا بمثل﴾[٥]

فنهى النبي ﷺ عن بيع التمر بالتمر إلا مثلاً بمثل ، وقد باع التمر

---

(١) مختصر المزني : ١٤٥/٢ مع الام ، روضة الطالبين :٣٨٤/٣ ، الأم :١٧/٣ ، المنهاج ٢٨/٢ ، شرح السنة للبغوي ٦٧/٨ ، المهذب :٣٦٣/١ ، تكملة المجموع للسبكي ٢١١/١٠ ، ٢٢٢ ونص على نقل ذلك من المؤلف ، وهو قول الحنابلة قال ابن قدامة في المغني : نص على ذلك أحمد في مواضع كثيرة وذكره قدماء الاصحاب " اهـ ٩٢/٦.

(٢) بدائع الصنائع :٣١٢٤/٧ ، الاسرار :٨١/٢/ب مراد ملا .

(٣) مغني المحتاج :٢٨/٢ ، روضة الطالبين :٣٨٤/٣ ، شرح السنة للبغوي: ٦٦/٨ ، المغني : ٩٢/٦ ، المهذب :٣٦٣/١ ، تكملة المجموع للسبكي : ٢٢١/١٠ .

(٤) مختلف الرواية : ورقه ١٥٧/ب ، بدائع الصنائع : ٣١٢٤/٧ ، الاسرار :٨١/٢/ب (مراد ملا) .

(٥) سبق تخريجه .

بالتمر مثلا بمثل فكان على النهي الوارد في أول الخبر ، وقد باع لامثلاً بمثل ، وانما قلنا ذلك ، لأن بيع المثل بالمثل لايحتمل غير المثل بالمثل ، كما لو نص على المدّ بالمدّ وبيع المدّ والدرهم بالمدين يحتمل المثل بالمثل ويحتمل غيره ، لأنه يحتمل انه باع المدّ بالمدّ والثاني بالدرهم ، ويحتمل غير هذا بان يجعل المدّ بأكثر من المدّ أو أقل منه ، فدل انه ما باع المثل بالمثل .

يدل عليه : ان بيع المثل بالمثل انما يصح لبيعه المثل بالمثل فلما كان هو الفاعل لذلك صح بيعه ولن يكون فاعلاً لذلك إلا اذا نص عليه على وجه لايحتمل غيره فأما اذا اطلق هو اطلاقاً لم يحمل عليه من قبل الشرع فلا يكون هو بائعاً على الوجه الصحيح فبقى على الفساد ، وهذا طريقة في غاية الوضوح ، { وهو تخريج المسألة على الأصل الذي عرف لنا في مسائل الربا : وهو ان الأصل في البيع في هذه الأموال بعضها ببعض الحظرية إلاّ انه يتخلص من الحظر بالبيع على وجه مخصوص فإذا لم يوجد على ذلك الوجه يبقى محظوراً تمسكاً بالأصل} .[١]

فإن قالوا : ما قولكم " فيما اذا باع درهما جيداً ودرهما رديئاً بدرهمين جيدين أو ردئين ، وكذا في الحنطة والشعير ، وقد وجد المخلص حقيقة ، لأن العوضين من الجانبين قد تماثلا وزنا بوزن وكيلاً بكيل .

---

(١) ما بين القوسين ذكره السبكي في تكملة المجموع ١٠/٢٢١ ، نقلاً عن المؤلف .

والجواب :

إن فساد البيع في هذه الصورة بطريق آخر وانما الطريقة التي ذكرنا في الصور التي ذكرناها في ابتداء المسألة ، ويجوز أن تختلف علة الفساد عند إختلاف صور المسائل .

وذهب عامة الأصحاب في المسألة الى الطريقة التي أشار اليها الشافعي : وهي ان العقد اذا اشتمل على عوضين مختلفي القيمة في أحد الجانبين أو من الجانبين جميعاً لابد من التوزيع والقسمة [١] بطريق القيمة ليعرف بدل كل واحد من العوضين مما يقابله : دليله : الحكم والحقيقة : .

أما الحكم : فهو اذا باع شقصاً وسيفاً بألف درهم أو باع سيفاً وشقصاً بدابة وثوب ، فانه يجب معرفة بدل كل واحد مما يقابله من حيث التقويم " . [٢]

وأما الحقيقة : فلأن البيع مشتمل على حقوق متعددة معهودة من شفعة وردٍ بعيب ورجوع عند استحقاق وما أشبهه .

ولابد من معرفة بدل كل عوضين من العوضين المختلفين لأجل تلك الحقوق .

وطريق معرفة هذا البدل هو التقويم ، لأن العقد عقد مبادلة ومعاوضة مال بمال ، والمقصود طلب المال وابدال المال هي القيمة في الأصل وبها تعرف مقادير الأموال، فإذا وقعت الحاجة الى معرفة البدل وجب أن يتعين في معرفة بدله الطريق الذي وضع لمعرفة الأبدال ، وليس ذلك إلاّ ما قلنا واذا ثبت هذا الأصل فهذا أصل يعم جميع وجوه الخلاف ويتبين باعتباره اما وجود حقيقة التفاضل

(١ ، ٢) انظر : المهذب ١/٣٦٣ .

أو وجود الجهل بالتماثل ، والبيع يفسد بكل واحد منهما.

وأما حجتهم :

قالوا : وقعت المعاوضة عن مقابلة صحيحة وفاسدة بحكم هذا العقد فيترجح الصحة على الفساد حملاً لأمر المسلم على الصلاح والسداد ، وهذا لأن عقله ودينه يردأنه من الوجه الفاسد شرعاً الى الصحيح شرعاً فاذا كان كلامه يحتمل وجها صحيحاً ووجهاً فاسداً فوجب ان يحمل على الوجه الصحيح دون الفاسد، لأن الظاهر أنه قصد الصحيح دون الفاسد والظاهر / ٩١/أ دليل معهود في الشرع يجوز بناء الأحكام عليها ، ولهذا اذا باع بنقدٍ مطلق يحمل على نقد البلد تحريًا لجهة الصحة ، وكذلك اذا باع نصف عبد مشترك بينه وبين غيره يحمل على نصفه ليصح العقد .

{ وكذا اذا اشترى قلبا وزنه عشرة بعشرة واشترى ثوباً بعشرة فنقد في مجلس العقد عشرة ثم افترقا حُمل المنقود على انه حصة القُلْب تحرّياً للواجب عليه في المجلس ليصح العقد }[1] .

قالوا : وانما قلنا وقعت المعاوضة عن مقابلة صحيحة ومقابلة فاسدة " . لأن بيع المدّ والدرهم بالمدّين وبيع الدينار والدرهم بالدرهمين والدينارين يحتمل نوعي مقابلة أحدهما: على وجه الإنقسام من حيث التقويم كما قلتم .

والثاني : صرف الجنس الى غير الجنس ليتقابل الفرد بالفرد ، والأولى فاسدة ،

---

(١) مابين القوسين نقلاً من الاسرار : ٢/٧٩/ب مراد ملا .

والثانية صحيحة فرجحت الثانية لأنها صحيحة ، وكذا في مسألة مدّ العجوة وجدت مقابلة المدّ بالمدّ والمدّ الآخر بالدرهم وهي مقابلة صحيحة ووجدت مقابلة المدّ بأكثر منه أو أقل منه وهي فاسدة.

قالوا : ولايجوز أن يقال ان في مقابلة الفرد بالفرد على التعيين ترك العمل بنص كلامه ، لأنه في مسألة بيع الدينار والدرهم بالدرهمين والدينارين باع البدلين بالبدلين وفيما ذكرتم لايتحقق بيع البدلين بالبدلين بل هو بيع بدلٍ ببدل على طريق التعيين ، وهذا تَرَكَ المنصوص عليه وعمل بما لم ينص عليه لتصحيح كلامه ، ولايجوز أن يقال هذا لأنه ليس فيما ذكرناه ترك العمل بالنص فإن النص في كلامه مقابلة البدلين بالبدلين لاغير ، ولكن اذا قوبل الجمع بالجمع بتقابل الفرد بالفرد ضرورة كما يقال : لبس القوم ثيابهم وركب القوم دوابهم ، وكذلك اذا قال : اعط هؤلاء الفقراء عشرة دراهم وهم عشرة نفر كان أمراً بأن يعطي كل نفر درهماً ، فدل انه ليس فيما قلناه ترك العمل بنص كلامه فجاز المصير اليه واثباته لتصحيح عقده ، ثم قالوا : وهو مخلص كلامهم : ان الإنقسام على الأبعاض بطريق التقويم على ما قلتم ، والإنقسام بطريق التعيين على ما قلناه ما كانت بحكم نص كلامه بل بطريق الضرورة لأجل حقوق العقد واحكامه ، ولابد من المصير الى احدى المقابلتين ، وقد ترجحت احدهما على الآخر لأجل الصحة فيصار الى الراجحة ، وخرج على هذا مسألة الشقص والسيف بالدابة والثوب ، لأن المقابلة على التعيين لايمكن ، لأنه كما يصلح أن يجعل الشقص بازاء الدابة والثوب بإزاء السيف يصلح أن يجعل الشقص بازاء الثوب والسيف بازاء الدابة ولا دليل على ترجيح احدهما على الأخرى فسقطت المقابلة من حيث التعيين بهذا الوجه وبقيت المقابلة من حيث الأجزاء والأبعاض

فصارت هذه المسألة حجة عليكم ، لأنه انما صرنا الى القسمة على الأبعاض والأجزاء تصحيحاً للعقد ، لأنه تعذر تصحيحه على الوجه الآخر فهاهنا وجب أن يصار الى المقابلة على طريق التعيين لتصحيح العقد .

قالوا : ولايلزم الوكيل بالبيع اذا باع بيعاً فاسداً فانه يلزم الموكل مثل ما اذا باع صحيحاً ولايرجع الصحيح ، لأن الأمر بالبيع يتناول البيع بأصله ولايتناول البيع بأوصافه [١] ، فإن الآمر ساكت عن ذكر الوصف فاذا باع الوكيل بيعاً فاسداً أو صحيحاً يصير ممتثلاً للأمر بمباشرة أصل البيع بحقيقته ، ولابد ان يقع بأحد وصفيه إما الصحة وأما الفساد ، وقد تعارض الوصفان في الوجود فيرجح وصف الصحة على وصف الفساد كما قلنا .

قالوا : وليس يلزم اذا اشترى قُلبا وثوباً بعشرة ووزن القُلْب عشرة ثم باعهما مرابحة حيث يبطل العقد ولايجعل جميع الربح بازاء الثوب ليصح ، لأن في هذه المسألة وقع النص على الفساد حيث قال : بعتهما مرابحة على كذا فقد شرط الربح فيهما بنص كلامه فاذا جعلنا الربح مصروفاً الى أحدهما ابطلنا نص كلامه وفي مسألتنا لم ينص على الفساد وعلى هذ اقالوا : اذا باع الدرهم بالدرهمين لم يجعل احدهما هبة ، لأنه يؤدي الى تغيير نص كلامه ، قالوا : ولايلزم اذا باع عبداً بألف ثم اشتراه قبل نقد الثمن مع عبد آخر بألفٍ وخمسمائة درهم وقيمتهما سواء فإن الألف ينقسم عليهما على السواء ويفسد العقد

---

(١) الاسرار : ٢/١٨٢/أ (مراد ملا) .

ولايصرف الألف [١] منه الى العقد الذي باعه حتى يصـح العقد/ لأن ٩١/ب الكلام في مسألة يتعين فيها طريق الصحة ، وفي هذه المسألة طريق الصحة غير متعين ، لانا ان صرفنا الى العبد المشتري الف درهم يجوز، وان صرفنا ألف درهم يجوز ، وكذا كلما زاد ، فلما تعدد طريق الجواز وليس البعض بأولى من البعض فسد البيع لجهالة طريق الجواز، وفي مسألتنا جهة الصحة متعينة فصرف العقد اليها.

هذا جملة كلامهم تحقيقاً .

وقد عيّن بعضهم الكلام فيما اذا باع درهما جيداً أو رديئاً بدرهمين جيدين أو رديئين وكذلك في الدينار قال : وقد باع الدراهم بجنسها وزنا بوزن ، وكذلك في الدينار فوجب أن يجوز البيع .

يبينه : انه لو باع جيدين برديئين جاز ، وقلتم لو باع جيداً ورديئاً برديئين أو جيدين لايجوز ، وهذا محض تحكم على الشرع .

يدل عليه : انه لو كانت الجودة معتبرة في الصورة الثانية لكانت معتبرة في الصورة الأولى ، لأنهما في المعنى واحد .

الجواب :

ليس لهم تعلق إلاّ بترجيح جهة الصحة ، ونحن نقول : ان الشارع عيّن جهة الصحة فلا صحة للعقد إلاّ بسلوك جهتها وتعيينها قولاً ، ولايوجد ذلك إلاّ بأن ينص على المدّ بالمدّ والدرهم بالدينارين أو الدينار بالدرهمين ، فإذا اطلقولم

---

(١) الأسرار : ورقة ٢/١٨٢/أ

ينص على هذا فلم يباشر العقد على جهة الصحة فوقع فاسداً .

فإن زعموا ان الشرع يحمل العقد على الصحة فنقول :

الشارع مكلف عبيده مباشرة العقد على هذه الجهة فأما ان يباشروا لا على هذه الجهة ثم ان الشرع يحمل عقودهم على هذه الجهة من قبل نفسه ، فمحال .

والحرف الموجز في هذا انهم ان قالوا : ان العاقد عقد على جهة الصحة " .

فبينوا وجهه ؟، فان قالوا : ان الشرع يرد العقد الى جهة الصحة وان لم يعقد هو " فبينـــوا دليله ؟ فهم بين هاتين الخطتين العظمتين .

وقولهم " ان المسلم العاقل يقصد الجهة الصحيحة " .

قلنا : قد يقصد الصحيح بتقديم الدّين ، وقد يقصد الفاسد بتقديم الهوى وأهل الهوى أغلب وأكثر ، وعلى ان المعتاد أن مَنْ يقصد الجهة الصحيحة يعينها ويسميها ولايطلق اطلاقا ، وبهذا فارق مسألة نقد البلد ، لأن العادة هناك هو الإطلاق ، وهاهـــنا العادة تعيين جهة الصحيحة ، والدليل على الفرق انه لو وكل ينصرف الى الصحيح والفاسد ، ولايتعين الصحيح بعرف الناس في جهة الصحة ، واذا وكّل بالبيع بألف يتعين نقد البلد بعرف الناس لهذا النقد ، وعلى ان مسألة النقد ليس نظير مسألتنا ، لأن الكلام في جهتين احديهما صحيحة والأخرى فاسدة ، وعند النص على إحدى الجهتين هل يتعين الصحيح منها ؟

وفي مسألة نقد البلد يصح العقد أيّ نقد عيّن ثم بالعرف يتعين نقد الواحد من بين سائر النقود مع ان تعيين الكل صحيح ، وليس هذا من مسألتنا في شئ .

وقد قالوا في مسألة الأرقية التي احترزوا عنها في طريقتهم انه لما كثرت وجوه الصحة في تلك المسألة ولم يكن تعين الجهات بأولى من البعض لم يتعين احدهما

وبطل العقد .

جواب آخر :

ان المقابلة التي صرنا اليها أولى بدليل ما ذكرنا في حجتنا ، ولأنهم صاروا الى المقابلة من حيث التعيين وهو تعين شئ في مقابلة شئ وهذه زيادة لايدل عليها اللفظ بحال .

وأما نحن فلم نصر الى تعيين شئ في المقابلة ولكن نقول : ان كل بدل من هذا الجانب يقابل جميع ما بازائه على وجه الشيوع ، وكذا البدل الذي معه ثم اذا قوبل على هذا الوجه لابد من التقويم ليعرف عوضه من الجانب الآخر فكان ما قلنا أقرب الى التمسك بظاهر قول المتعاقدين مما قالوه ، وفيه قول بطرح زيادة لايدل عليها مطلق العقد . وهذا جواب معتمد .

وأما الذي تعلقوا به خبراً من اعتبار بيع الجيد والردئ بالجيدين والردئين وقولهم " ان الاستواء وزناً قد حصل " نقول : قد دل الدليل على ان الصفقة اذا اشتمل أحد جانبيها على بدلين مختلفين في القيمة فصار الى القسمة من حيث التقويم ، واذ صرنا اليها يظهر الفضل كيلاً أو وزناً في أحد البدلين فالمحرم هو الفضل قدراً ،لكن طريق اظهاره الإنقسام من حيث التقويم .وأما في بيع الجيدين بالردئين فلايظهر فضل من حيث القدر ، وإن صرنا الى تقويم البدلين ، لأن البدلين استويا في القيمة ومع الإستواء في القيمة لايتصور ظهور فضل بحال، وهذا لانا لانقابل بعض الردئين بجزء من / الجيدين إلاّ ويلزمنا أن ٩٢/أ نقابل الباقي من أجزاء الجيدين بمثل ماقابلنا به الجزء الأول لاستواء الكل في القيمة ولايوجد مثل هذا في الصورة الثانية فيظهر الفضل . والله أعلم .

«« مسألة »»

الدراهم والدنانير تتعين في العقود عندنا .[١]

وعندهم : لاتتعين .[٢]

لنـــا :

ان موجب العقد في الاثمان هو موجبه في السلع ثم السلع تتعين في العقود كذا الأثمان .

فإن قالوا : ما موجب العقد فيهما " .

قلنا : ملك عين كانت مملوكة لغيره من قبل ، وان شئت قلت نقل الملك في عين مملوكة من مالك الى مالك .

فإن قالوا : هذا الموجب مسلم في السلع غير مسلم في الأثمان " .

قلنا : اذا كـان هذا هو الموجب في أحـد عـوض العـقـد فليكن هو الموجب في العـوض الثـاني ، لأنـه عـوض بعـوضٍ ، والعـوضـان في البـيع على نهـاية التقـابل وعـمل العـقد فـيهـما على نهـاية الإستـواء عـند النظر في الإعتـبارات ، واعـتـبار المقابل بالمقابل في العقد الموجب للمقابلة في نهاية الصحة والقوة ثم التحقيق في المسألة انا نقول : ـ

---

(١) شرح السنة للبغوي : ١١٣/٨ ، تكملة المجموع للسبكي : ٨٥/١٠.
وهو قـول زفر من أصحـابهم ، وقـول ابن القـاسم من المالكيـة ، البدائع :٣٢٢٤/٧ ، الاشراف للبغدادي : ٢٧١/٢ .

(٢) بدائع الصنائع : ٣٢٢٤/٧ ، الاسرار : ١٢٦/٢/ب مراد ملا .
وهو الظاهر من مذهب المالكية ، انظر : الاشراف للبغدادي : ٢٧١/١.

الموجب ما بيّنا وهم يقولون الموجب ما قلتم في السلع ، فأما في الأثمان فموجب العقد فيها وجوب الثمن ابتداء في الذمة فنقول الدليل على ما قلنا : ان البيع حقيقته بيع شئ بشئ أو شراء شئ بشئ فكما لابد من شئ يباع لابد من شئ يشترى ليتحقق بيع شئ بشئ ولا شئ في الذمة حتى يشترى به ، دل أن حقيقة العقد هو الشراء بثمن موجود ، كما ان حقيقة البيع هو بيع مبيع موجود .

يدل عليه : ان موجب العقد ما يدل عليه لفظ العقد ، ولفظ العقد انما اقتضى وجود شئ من الجانبين على ما سبق بيانه ، والمعدوم ليس بشئ على ما عرف من مذهب أهل السنة فعرفنا ضرورة ان موجب العقد من الجانبين ما يدل عليه لفظ العقد وهو ملك في شئ موجود من قبل العقد لا ايجاد شئ لم يسبق له وجود .

وهذا حرف معتمد .

ونقول أيضاً : الدراهم والدنانير متعينة حسيا وملكاً ، وما تعيّن حسّاً وملكاً فيتعيّن عقداً ، وهذا لأن تعينهما عقداً إما أن يبتني على مشروع أو محسوس فان بنينا على المشروع فقد تعينت شرعاً من حيث الملك ، وبيان تعينها شرعاً امتيازها بملك مالكها عن سائر الأشياء حتى يكون أحق بها مثل ما يكون أحق بسائر الأعيان اذا ملكها واذا بنينا على المحسوس وقد تعينت أيضاً حسّاً وهذا معلوم لايحتاج الى البيان فعلى الوجهين لابد وان يتعين .

ويمكن أن يقال أيضاً ان الدراهم والدنانير محل قابل للتعيين ، والمشتري من أهل التعيين ، وفي التعيين فائدة : أما من قبل البائع فلان يملك عينها ، والملك في العين أكمل من الملك في الدين وليكون أحق بها من سائر الغرماء عند وقوع التشاجر ، وأما من قبل المشتري فلئلا يطالب من ذمته ان ورد عليها هلاك .

واذا تحقق ما ادعينا من الفائدة ووجد محلية التعيين وأهلية التعيين لابد من التعيين وانما والينا عن الحجج في هذه المسألة لظهورها وايضاحها فلم يجب أن

يخل بمثل هذه الدلائل الواضحة والبراهين النيرة ، وإلاّ فالفصل الأول كافٍ لامزيد عليه .

وأما حجتهم :

قالوا : موجب العقد في الثمن هو وجوبه ابتداءً في الذمة وربما يقولون وجوده بوجوبه ، فإذا عُيِّن فقد عيّن موجب العقد والعقد لايحتمل تغيير موجبه الا لضرورة ولا ضرورة في التعيين فلغا التعيين فيما يرجع الى ملك العين المشار اليها غير ان العقد لم يفسد ، لأنا جعلنا التعيين مجازاً عن ذكر الجنس والقدر واذا صار مستعملاً مجازاً عنه لم يبطل به العقد ، وجعل كأن التعيين هو الذي جعلناه مجازاً عنه .

وأما الدليل على ان موجب العقد في الثمن ما قلناه أجماعنا على انه اذا اطلق الثمن اطلاقاً جاز ووجب الثمن في الذمة ، ولو كان موجب العقد في الثمن هو ملك في عين لم يجز العقد في هذه الصورة لأنه لاعين .

يدل عليه : ان الإطلاق هو المتعارف عند عامة الناس في الأثمان فإن الانسان يترك التعيين في الثمن مع حضوره هو والمتعارف وفي عرف الناس وعقودهم بدل التعارف انه هو المشروع للناس في الأصل ، لأن المسلمين انما تعارفوا فيما بينهم ما شرع لهم وان وقع العدول عنها في بعض الأحايين لبعض الناس فلا يلتفت الى ذلك .

قالوا : وبهذا/ فارق السلع ، لأن المتعارف فيها هو التعيين ، ولايترك إلاّ لضرورة العدم ، وهاهنا مع الوجود والحضور يترك التعيين . ٩٢/ب

واستدلوا في ان ترك التعيين انما جاز في السلع لضرورة العدم بالخبر الوارد في

البـاب وهو ان النبي ﷺ نهى عن بيع مـا ليس عند الانسـان [١] ورخص فـي السلم [٢] والرخصـة اباحـة لنفس مـاتناوله النهي في مـوضع خـاص لنوع ضرورة وحاجة مثل سائر الرخص في الشرع فعرف بهذاالخبر ان موجب العقد في السلع هو ملك في عين مملوكة ، وان وجـوب المبيع في الذمة سلماً رخصـة معدول بهـا عن الأصل لحاجة العدم ، ومثل هذا لم يرد في الأثمان .

وحرفهم : ان السلم شرع مشروع ابتداء لا باسم الرخصة من غير بناء على نهي متـقـدم ، قـالوا : والدليل على ان هذا الحكم في السلم رخصـة وضرورة شـرط قبض رأس المال ، وانما شرط قبض هذه الزيادة ليكون جبراً لما يحصل من العدم في المبيع .

ويدل عليه : ان المسلم فيه بقى على المبيعية حتى لم يجز الإستبدال به .

وأما الثمن فلا يصير مبيعاً بحال حتى يجوز الإستبدال به ، وإن منعتم فخبر ابن عمر نص في جوازه وهو قوله " كنا نبيع الابل بالبقيع فنأخذ الدراهم مكان

---

(١) رواه ابن ماجه في سننه :٢/٧٣٧ ، باب النهي عن بيع ما ليس عندك .
وأبو داود في سننه : ٣/٧٦٩ مع المعالم ، باب في الرجل يبيع ما ليس عنده .
والنسائي في سننه : ٧/٢٥٤ ، باب بيع ما ليس عند البائع .
والترمذي في سننه :٥/٢٤١ مع العارضة ، باب ماجاء في كراهية بيع ما ليس عنده .

(٢) قال ابن حجر في الدراية : " لم أجده هكذا ، نعم هما حديثان احدهما : لاتبع ما ليس عندك .
ثانيهما : الرخصة في السلم ، ولم أره بهذا اللفظ ، الا أن القرطبي في شرح صحيح مسلم ذكره أيضاً :٢/١٥٩ .
وقال الزيلعي في نصب الراية : غريب بهذا اللفظ " اهـ : ٤/٤٥ .

الدنانير والدنانير مكان الدراهم فسألنا النبي ﷺ قال ﴿ لابأس اذا تفرقتما وليس بينكما شئ ﴾ (١)

قالوا : ولأن اللغة والشرع فرق بين المبيع والثمن اسماً ، والتمييز في الاسم يمنع من الجمع في الحكم ، واذا قلنا ان موجب العقد في الثمن هو موجب العقد في المبيع يكون الثمن هو المبيع ويبطل الميز الوارد بين الاسمين لغة وشرعاً ، وهذا حرف يعتمدون عليه .

ويقولون : لابد أن يكون بينهما مفارقة وعلى ما قلتم لامفارقة أصلاً وينبغي ان يعتني في الجواب عنه .

قالوا : وأما المكيل والموزون من الحنطة والشعير فانما تعينت بالتعيين { لأنا انما ادّعينا هذا الأصل في الأثمان المحضة ، وادعينا الأصل الثاني في السلع المحضة والمكيلات والموزونات المتماثلة أثمان من وجه سلع من وجه ، لأن حدّ الثمن ما يقوم بنفسه ويقوم به غيره ، وحدّ السلعة مالاتقوم بنفسها ولايقوم بها غيرها } (٢)

والحنطة والشعير تقوم بنفسها بدليل وجوب المثل باتلافها ولايقوم بها غيرها

---

(١) رواه ابو داود في سننه : ٣/ ٦٥٠ . ٦٥١ مع المعالم ،باب في اقتضاء الذهب من الورق والترمذي في سننه : ٢٥١/٥ مع العارضة ، باب ما جاء في الصرف .
والنسائي في سننه : ٢٤٨/٧ ، ٢٤٩ ، باب بيع الفضه بالذهب وبيع الذهب بالفضة .
وابن ماجة في سننه :٢/ ٧٦٠ ، باب اقتضاء الذهب من الورق ، والورق من الذهب .
والدارقطني في سننه : ٢٣/٣ ، ٢٤ .

(٢) ما بين القوسين نقلا من الاسرار : ١٢٨/٢/أ (مراد ملا) .

فكانت ثمنا من وجه سلعة من وجه فلما انها ثمن من وجه قلنا اذا اطلق يجوز ويكون موجب العقد فيه ما هو الموجب في الأثمان ، ولما أنها سلعة من وجه قلنا اذا عيّن يتعين ويكون موجب العقد فيه ما هو الموجب في السلعة .

فأما ههنا الدراهم والدنانير أثمان محضة فلايتعين موجبها .

قالوا : ولايلزم النكاح على ثوب أو عبد مطلق حيث يجوز ، وان عيّن يتعين ، لأنا انما ادعينا هذا الأصل في البياعات التي تكون الأموال فيها أصولاً ، فأما المال في النكاح تبع ، ولهذا يجوز من غير تسمية المال فيجوز أن يخالف موجبه موجب البيع ولايلحق به ، وانما المعتبر ما يدل عليه الدليل في كل عقد .

قالوا : وأما الهبات والصدقات والغصوب فانما تعينت الدراهم والدنانير فيها ، لأن الأحكام فيها مبنية على القبوض ، والقبض يكون في عين ، ولهذا لايتصور إلاّ في عين ، وفي مسألتنا الأحكام مبنية على العقود ، والعقد قد يكون في عين ، وقد يكون في مال يملك في ذمته بالإيجاب له ، فنظرنا الى ما يدل عليه الدليل في اظهار موجب العقد .

قالوا : وأما الوكالة فلا تتعين الدراهم فيها حتى لو وكّله بأن يشتري بهذه الألف فاشترى بغيرها أو مطلقاً جاز وانما بطلت الوكالة عند هلاكها بمعنى آخر ، وهو انه لما عيّن الألف فقد قصد الى أن لايرجع اليه ، ولايرجع الا الى الألف فوجب تحصيل مقصوده بالوجه الي يمكن فقلنا تتوقف الوكالة ببقاء الألف حتى يحصل مقصوده فاذا هلك الألف انتهت الوكالة ، ومادامت الألف قائمة فالوكالة قائمة .

وقد قال ابو زيد في بعض مصنفاته : [١]

---

(١) في الاسرار ٢/١٣١/أ (مراد ملا) .

" ان الدراهم والدنانير ليست اموالاً بأعيانها ، لأن المال اسم لشئ غير الآدمي خلق لمصالح الآدمي ، وليس في عين الدراهم والدنانير مصلحة لنا . ألا ترى انه لامنفعة في اعيانها بوجه ما إلا في زينة وتجمل هو تبع المقصود فصارت أموالاً لمعانيها ، وذلك المعنى هو الوصول بها الى غيرها فصارت ماليتها بالوصول بها الى غيرها ، وفي هذا المعنى الدراهم والدنانير كلها نقد واحد فلم يصح التعيين، لأن التعيين انما يصح بين / شيئين أو أشياء مختلفة فإذا صار معنى ٩٣/أ الوصول الى الأشياء هو المراد من الدراهم والدنانير في المعاوضات ، وهذا المعنى واحد في الكل فلغت الإشارة إلاّ من حيث تمييز نقد من نقد ، لأن المعاني تختلف باختلاف المعقود لا باختلاف الدراهم والدراهم".[١]

قالوا : وبهذا فارق السلع ، لأن المقصود منها أعيانها ، لأن نفس العين متنفع بها من كل شئ بأكله وبشربه ويلبسه وبسكنه والأعيان كثيرة مختلفة بذواتها يصح تمييز بعضها عن البعض بالإشارة والتعين .

قالوا : وهذا بخلاف التبرعات ، لأنه لايقصد بها معنى الوصول الى غيرها فسقط اعتبار المعنى وصارت العبرة للعين والأعيان كثيرة فصح التعيين .

قالوا : واذا ثبت ما قلناه من الطريقين سهل السؤال ، والإعتراض على ما قلتم لأن غاية معناكم ان البيع تمليك شئ بشئ .

قالوا : بلى ، ولكن تمليك شئ موجود بشئ يوجد بالعقد ، وقد قام عليه الدليل أو تمليك شئ هو مال لعينه بشئ ليس بمال لعينه أو هو معاوضة مختلف عينه قابل للتمييز والتعيين بمالايختلف عينه ولايقبل التمييز والتعيين .

---

(١) كذا في المخطوط ولعله (الدنانير) .

الجواب :

انا قد بينا بدلائل في نهاية القوة ان موجب العقد في الثمن هو موجب العقد في المبيع ، وليس لهم دليل مفهوم معنوي في ان موجب العقد في الثمن غير ما قلناه الا انهم تعلقوا بحكم وهو انه اذا اشترى بدراهم مطلقة يجوز ، وتجب في الذمة ، وهذا لايدل على ان الموجب في الأصل هذا ، الا ترى انه اذا أسلم في سلعة موصوفة يجوز ويثبت في الذمة ولايدل على ان موجب العقد في السلعة في الأصل هذا .

فإن قالوا : في صورة السلم لابد من الوصف ، وفي مسألتنا تجوز عند الإطلاق.

قلنا : هذا الإختلاف انما جاء من ان العلم بالمبيع شرط ، وفي السلم لايصير المبيع معلوماً الا بالوصف ، وفي مسألتنا يصير الثمن معلوماً بدون الوصف لأجل النقدية المعهودة حتى لم يصر معلوماً إلاّ بالوصف لابد منه ، وفي المبيع لو صار معلوماً باطلاقه بان كان في البلد سلعة معهودة لاتختلف ينصرف البيع اليه واستغنى عن الوصف .

وقولهم " ان السلم جاز رخصة " .

قلنا : وفي مسألتنا جاز الإطلاق رخصة .

وقولهم : " ان هناك تقدم نهي ثم تلاه اباحة ما " .

قلنا : ذاك النهي عام في السلع والأثمان ، لأن نهيه ﷺ عن بيع ما ليس عند الانسان كما يتناول السلع يتناول الأثمان والرخصة المذكورة وان خص السّلم بها ، ولكن تتناول كل ما في معناه ، واطلاق الدراهم في جانب الأثمان مثل السلم في جانب السلعة معنى .

فإن قالوا : ان السلم جاز للحاجة فأيّ حاجة الى ترك التعيين في الدراهم ؟ "

قلنا : البياعات لما عمت بلوى العامل بها سهل الشرع سبيل الوصول اليها من كل وجه ورفع الحرج والضيق عنها ، وكل مايؤدي اليه وفي تكليف تعيين الدراهم نوع ضيق وحرج ، لأن الانسان في العادة يدخل السوق فهجم ..[1] على سلعة مقصودة والى أن يحضر الدراهم تفوت فيلحقه ضرر وضيق في نقل الدراهم معه وحملها مع نفسه في عموم أحواله فالشارع برأفته ورحمته رفع الحرج ودفعه وجوزّ الشراء بما في ذمته ثمناً كما يجوز البيع من ذمته سلماً .

ويقال : حاجة جاءت من عدم أو غيبة ، وههنا أيضاً حاجة جاءت أيضاً من عدم أوغيبة إلا أن في صورة السلم اختص ذلك الاسم المخصوص ، والعبرة بالمعنى لا بالاسم وبالحقيقة لابالصورة.

فأما ايجاب قبض رأس المال انما جاء من لفظ السلم ، لأنه يقتضي التسليم ، وليس لأن السلم رخصة ، لأنه ليس كل ما كان رخصة يزاد في شرطه لتتحقق رخصة .

وقوله " ان المسلم فيه بقى مبيعاً " .

قلنا : عندنا الثمن مبيع أيضاً ، والمبيع ما يدخل تحت البيع وكل ما يباع مبيعاً سلعة كانت أو ثمناً .

وأما فصل الإستبدال نقول : اذا كانت الدراهم معينة لايجوز الإستبدال قولاً واحداً ، واذا أطلق قولان ، وان سُلّم فيحال بجوازه على النص لاغير ، وكم من أصل تُركَ في موضع لنصٍ وَرَدَ فيه ، فهذا من جملة ذلك .

وأما الذي اعتمدوا عليه من تفريق اللغة بين الإسمين ، فلايصلح للاعتماد لأن

---

(١) كذا في المخطوط .

التفريق في الاسم لايدل على التفريق في الحكم ، والعبرة بما يقوم عليه / الدليل . ٩٣/أ

ويقال لهم : قولكم اذا باع دراهم بدنانير أيّهما المبيع وأيّهما الثمن ، وكذا اذا باع ثوباً بعبدٍ فلابد وأن تقولوا في الصورة الأولى كل واحد منهما ثمن حقيقة مبيع صورة ، ولا وان تقولوا في الصورة الثانية وهي بيع العبد بالثوب كل واحد منهما مبيع حقيقة ، واحدهما ثمن صورة وكذا في بيع الدراهم والدنانير فاذا جاز لهم اطلاق تسمية الثمن ظاهراً على أحدهما في بيع الثوب بالجارية وان كان مبيعاً حقيقة ، وكذلك في بيع الدراهم بالدنانير جاز اطلاق اسم المبيع ظاهراً على أحدهما وان كان ثمناً حقيقة جاز لنا أن نميز أحد البدلين على الآخر في الاسم الظاهر وان كان لافرقٍ بينهما حقيقة .

فإن قالوا : في بيع الدراهم بالدنانير لامَبَيعَ وفي بيع الثوب بالجارية لاثمن " .

فمحال ، لأن البيع لابد له من ثمنٍ ومبيعٍ .

ويمكن أن يقال : لما كان العقد يضاف الى أحدهما بغير حرف صلة فيقال : بعتُ بكذا ، ويوصل بالآخر بحرف الصلة ويقال : بكذا اشتريتُ بكذا ميزت اللغة بين الاسمين لهذا الإفتراق، والأول في غاية القوة ، هذا هو الجواب عن طريقتهم وهو على متن المذهب .

ويمكن ان يجاب بجواب آخر فنقول :

موجب العقد ملك الثمن وله محلان فعند التعيين محله الدراهم المعينة فانه يملكها ثمناً ، وعند الإطلاق محله الذمة فكلاهما موجب .

فإن قالوا : ملك العين أكمل من ملك الدين فلايصلح كلاهما موجب .

يبينه : ان أكمل الملكين اذا صار موجبا كيف يزاحمه أنقصهما ؟

قلنا : على هذه الطريقة نقول : الملك في الدين مثل الملك في العين وتتبين

بالأحكام من محلية التصرف محلية الزكاة وحصول الغني بالكل على وجه واحد، ويجوز أن يقال الملك في الدين أكمل ، لأنه أبعد من التوى والهلاك .

وأما المسائل الإلزامية فهي لازمة وأعذارهم عنها ضعيفة وقد ذكرناها في التعليق واقتصرنا في هذا المواضع على تمشية المسألة من حيث المعنى ، وفيه غنية عن الأحكام ، وان أراد متمسك أن يتمسك بحكم ليجعله عماد الكلام فليتمسك بالسلعة ويؤيد كلامه بالحنطة والشعير ، ودعوى الثمنية فيهما بعيد جداً بل هما سلعة قطعاً ، ووجوب المثل عند الإتلاف انما كان لعدم التفاوت لامن حيث انه ثمن بوجهٍ ما كالعدديات من البيض والجوز يجب باتلافها أمثالها وهي سلعة قطعاً .

والطريقة الأخرة ففي مكاثرة الإجماع ، وحرفها ان ادعى انهما بأعيانهما ليست أموالاً فجميع أحكام الشرع دالة عليه ، وكذلك إطباق الناس على عدّها أنفس أموالهم وأعزها ، وان ادّعوا أنها أموال بمعانيها ، كذلك جميع الأعيان في العالم ، وعلى أن في أعيانها منفعة عظيمة وهي التزين والتحلي ، ولهذا لو استأجر دراهم أو دنانير ليزين بها دكانه يجوز ، فأشبه الجواهر والفصوص من هذا الوجه . والله تعالى أعلم .

«« مسألة »» *

بيع العقار قبل القبض عندنا باطل [١] ، وهو قول محمد بن الحسن من أصحابهم. [٢]

وعند أبي حنيفة رحمة الله عليه وأبي يوسف : يجوز . [٣]

(*) قال النووي في المجموع : قال ابن المنذر : " أجمع العلماء على أن مَنْ اشترى طعاماً فليس له بيعه حتى يقبضه ، قال : واختلفوا في غير الطعام على أربعة مذاهب :

أحدها : لايجوز بيع شئ قبل قبضه سواء جميع المبيعات كما في الطعام . قاله الشافعي ومحمد بن الحسن .

الثاني : يجوز بيع كل مبيع قبل قبضه الا المكيل والموزون قاله عثمان بن عفان ، وسعيد بن المسيب والحسن والحكم وحماد والاوزاعي وأحمد واسحاق .

الثالث : لايجوز بيع مبيع قبل قبضه الا الدور الأراضي ، قاله : أبو حنيفة وأبويوسف .

الرابع : يجوز بيع كل مبيع قبل قبضه الا المأكول والمشروب ، قاله : مالك وابو ثور .

قال ابن المنذر : وهو أصح المذاهب لحديث النهي عن بيع الطعام قبل ان يستوفى " ا.هـ ٢٥٩/٩ .

(١) النكت ورقة ١٣٦/أ ، المجموع : ٢٥٢/٩ ، ٢٥٩ ، فتح الباري ٤/ ٣٥٠ ، النووي على مسلم : ١٦٩/١٠ ، الحاوي : ٥/ ٢٢٠.

(٢) مختلف الرواية ورقة :١٥١/أ ، الاسرار :٩٢/٢/أ مراد ملا ، إيثار الأنصاف ص ٢٩٨ .

(٣) مختلف الرواية ورقة :١٥١/أ ، الاسرار :٩٢/٢/أ مراد ملا إيثار الأنصاف ص ٢٩٨.

لنا :

حديث ابن عباس ان النبي ﷺ نهى عن بيع الطعام قبل ان يقبض ، قال ابن عباس : وأنا أرى كل شئ بمنزلته " [١] وهذا خبر ثابت .

وروى الأصحاب ان النبي ﷺ نهى عن بيع المبيع قبل القبض مطلقاً . [٢]

ورووا بطريق عتاب [٣] بن أسيد ان النبي ﷺ لما بعثه الى مكة قال : أنههم عن أربع : عن بيع ما لم يقبضوا ، وعن بيع ما لم يضمنوا ، وعن بيعتين في بيعة ، وعن بيع وسلف . [٤]

واعلم ان الروايات فيما سوى الطعام ضعيفة ، وفي الطعام صحيحة .

وقول ابن عباس " وأنا أظن كل شئ بمنزلته " صحيح . [٥]

---

(١) رواه البخاري في صحيحه : ٣٤٩/٤ مع الفتح ، باب بيع الطعام قبل أن يقبض .
ومسلم في صحيحه : ١٦٨/١٠ ، ١٦٩ مع النووي ، باب بطلان بيع المبيع قبل القبض .

(٢) لم أقف عليه بهذا اللفظ .

(٣) عتاب بن أسيد بن أبي العاص بن أمية الأموي أبو عبد الرحمن أو أبو محمد المكي له صحبة وكان أمير مكة في عهد النبي ﷺ ومات في يوم مات ابو بكر الصديق فيما ذكر الواقدي لكن الطبري ذكر انه كان عاملاً على مكة لعمر سنة ٢١هـ ، روي له أصحاب السنن . انظر التقريب : ص ٢٣١ .

(٤) رواه البيهقي في سننه : ٣١٣/٥ ، باب النهي عن بيع ما لم يقبض وان كان غير طعام وقال : تفرد به يحيى بن صالح الأيلي وهو منكر بهذا الاسناد " اهـ

(٥) انظر : حاشية رقم (١) .

وقد تمسك بعض أصحابنا : بنفس الخبر ولم يدع معنى ، وزعم ان النهي لعدم القبض من غير أن يعقل له معنى .

وعندي ان التمسك بالمعنى أولى لضعف الرواية الا في الطعام ، ويحتاج الى بيان معنى في منع بيع الطعام قبل القبض ليشاركه فيه ما سواه على ما قال ابن عباس رضي الله عنه ، ويكون تخصيص الطعام بالذكر ، لأن السؤال وقع عنه أو ليدل به على ما سواه فنقول :

اليد ركن في بيع الأعيان فاذا لم يوجد لاحقيقة ولاحكماً لم يجز ؛ والدليل على ان اليد ركن ان البيع تصرف في محل فلابد من التمكن من المحل لتتصرف فيه ، والتمكن باليد ومع عدم التمكن لايتصور تصرف ما ، فإذا فاتت اليد / في مسألتنا فات التمكن ، واذا فات التمكن بطل التصرف . ٩٤/ب والتحرير فات ركن البيع فبطل البيع كما اذا كان المبيع منقولاً .

فإن قالوا : قد تمكن شرعاً بالملك من المحل فلا يطلب تمكن سواه ، لأن التمكن باليد انما يعتبر لتمكنه التسليم الى المشتري ، وفي مسألتنا قد تمكن من التسليم الى المشتري ، لأن المسألة مصورة في مثل هذاالموضع ، وهو أن يكون المشري متمكنا من قبض العقار من البائع وتسليمه .

والجواب :

انا اعتمدنا في هذه الطريقة على أمر محسوس ، وحرفنا ان التصرف في المحل من غير مُكنة له في المحل محال غير معقول .

فان ادّعوا ان التمكن ثبت شرعاً بالملك .

قلنا : لانترك المعقول إلاّ بدليل قاطع ولم يقم لهم دليل على ان الملك يقوم مقام التمكن ، وهو مفقود حساً مع وجود الملك ثم نقول : الأصل هو اليد في

التصرفات على ما سبق .

وأما الملك انما اعتبر لزوال المانع الشرعي عن التصرف ، وهذا لأن حق الغير ينتصب مانعاً من تصرفه مع وجود المكنة له في المحل ويصير هذا التمكن كالمعدوم لأجل حق الغير فاعتبر ملك المحل ليزول المانع من التصرف ولئلا يلتحق هذا التمكن الموجود حساً بالمعدوم .

وقولهم : ان المسألة مصورة فيما اذا كان متمكناً من تسليم العقار الى المشتري .

قلنا : لابد من ركن التصرف للمشتري عند التصرف فقد زال ركن التصرف عند وجود التصرف ، وانما على اصلكم تثبت اليد من بعد القبض ولايجوز تصحيح التصرف بتمكن يوجد من بعد التصرف . وانما يجوز بتمكن حال التصرف ولايوجد إلاّ باليد ولا يد . والإعتماد عندي على هذه الطريقة ، وعامة الأصحاب تعلقوا بقياس العقار على المنقول.[1]

وَمَنْ حقق منهم قال : ان الملك ناقص فلايستفاد به البيع ، لأن البيع أكمل التصرفات، ألا ترى انه نقل بعوضٍ يُحصّلَهَ لنفسه .

والدليل على ان الملك ناقص غير تام ، ان سببه البيع وهو غير تام .

والدليل على ان البيع غير تام قبل القبض انفساخه بهلاك المبيع قبل القبض وثبوت حق فسخه عند فوات شئ من أجزائه بالتعيّب .

ويدل عليه: ان الزيادة الحاصلة قبل القبض يقابلها الثمن وبعد القبض بخلافه ، والفرق ما ذكرنا من المعنى وهو ان في أحد الصورتين حصلت الزيادة قبل تمام العقد فجعلت كالموجودة عند العقد ، وفي الصورة الثانية وجدت بعد تمام العقد فلايمكن ان يجعل كالموجود عند العقد وبهذا الطريق انفسخ العقد بهلاك المبيع

---

(١) ومنهم الشيرازي فكته ورقة : ١٣٦/أ .

قبل القبض فإن العقد لما لم يتم حتى هلك المبيع جعل كأن العقد ورد على هالكٍ، وكذا في نقصان الجزء جعل كأن البيع ورد على معيبٍ .

وقد نص بعض أصحابهم على ان الصفقة لاتتم قبل القبض وتتم بعد القبض وبنوا على هذا مسائل :

وبهذا السبب قالوا : ان الرد بالعيب قبل القبض يجوز بغير قضاء ولا رضا وبعد القبض لايجوز إلاّ بقضاء أو رضا .

وقالوا : فيمن اشترى عبدين ووجد بهما عيباً لايجوز أن يرد احدهما قبل القبض ويجوز بعد القبض وعبّروا عن هذا وقالوا : اذا رد احدهما قبل القبض فهو تفريق الصفقة قبل التمام فلايجوز ، وبعد القبض تفريق الصفقة بعد التمام فيجوز ويصير كما لو باع ابتداءً ، وفي الصورة الأولى لما كان تفريق الصفقة قبل التمام يصير كما لو باع منه شيئين فقبل منه البيع في احدهما دون الآخر فانه لايجوز .

وأما حجتهم :

قالوا : الملك مطلق للتصرف حقيقة وحكماً .

أما الحكم : فبدليل العتق والنكاح فإنهما جائزان قبل القبض .

وأما الحقيقة : فلأن البيع إثبات الملك وإثبات الملك لايستدعى إلاّ أهلية الاثبات من المثبت ووجود محلية الإثبات وقد وجد في مسألتنا كلاهما .

واستدلوا في ان اليد غير مشروطة للتصرف بمسائل :-

- منها : ان التصرف في الدين جائز ولايد فيه ، ويعتمدون على هذه المسألة .
- ومنها : التصرف في الأثمان والمهور جائز قبل القبض وكذا الموروث

والموصي به والمغصوب والمقبوض به على السوم وأمثال هذا .

قالوا : وأما دعوى نقصان الملك ، لايصح ، لأن اليد ثمرة وبفوات الثمرة لاينتقص الأصل كفوات الثمار من الأشجار لايوجب نقصان الأشجار .

يبينه : ان العقد بالايجاب والقبول عن تراضٍ ، وقد تم هذا من المتعاقدين ولزم، ولايعرف التمام إلاّ بوجود موجبه ولزومه ، فمنْ ادعى ان العقد مع هذا لايتم ، فعليه الدليل .

وأما انفساخ / العقد بهلاك المبيع لم يكن لعدم تمامه ، ولكن لأن ٩٤/ب المبيع ملك بملك وتسليم بتسلم وقد فات التسليم في المبيع ففات أيضاً فيما يقابله فاذا فات فيهما لم يبق للعقد فائدة فيبطل تسليم المبيع بتمامه ، وكذا اذا تعيّب ، انما ثبت للمشتري حق الفسخ لا لعدم تمام البيع ، لكن لأنه التزام تسليم المبيع بتمامه فاذا تعيّب فقد عجز عن تسليم ما التزمه فثبت للمشتري حق الفسخ .

قالوا : وعلى أنا ان قلنا ان الملك لم يتم فوجب أن لايمتنع البيع به ، كمالايمتنع العتق به، وهذا لأن البيع ايجاب الملك فيوجب ماهو ثابت له فان كان كاملاً يوجبه كاملاً وان كان ناقصاً يوجبه ناقصاً ، كما ان العتق اسقاط فان كان كاملاً يسقط كاملاً وان كان ناقصاً يسقط بالعتق كذلك .

وقولكم : ان البيع أكمل التصرفات " .

ليس كذلك ، بل العتق أكمل منه ، وهذا الفصل يشكل الطريقة الثانيــة جداً .

قالوا : وأما المنقول فانما لايجوز بيعه قبل القبض لا لنقصان الملك بل ، لأنه بيع غرر وهو حرام، ومعنى الغرر انه يجوز أن يهلك المبيع قبل القبض فيبطل العقد والإحتراز عنه ممكن بالقبض ، ولأنه اذا هلك هلك على ملك البائع فيظهر انه باع ملك الغير في المعنى .

وأما في العقار فلا غرر ، لأنه لايهلك .

وان قلتم يهلك ، فمحال ، لأن المسألة مصورة في العقار الذي لايتصور عليها الهلاك وهي الأرض البعيدة من الرمال والبحار فان تصوّر الهلاك فلا تكون هذه المسألة ونقول : لايصح بيعه وتصوّر الهلاك في العقار بعيد جداً بخلاف المنقول فإنه يتصور هلاكه وتعيّبه حتى لايوقف عليه فيكون نظير الهلاك .

قالوا : ولايلزم المسلم فيه على ما قلنا حيث لايتصرف فيه وان كان لايهلك ، لأن المنع من التصرف في المسلم فيه عدمه ، وهذا لأن المسلم فيه معدوم ، والقياس أن لايجوز إلاّ ان الشرع جوّزه لعذر الحاجة ، ولهذا كان رخصة ، والعذر في العقد الأول فجعل المسلم فيه في العقد الأول بمنزلة الموجود حتى يصح السلم ، ولا غرر في العقد الثاني، لأنه لاحاجة اليه فبقى على العدم في حقه فلم يجز لهذا قالوا : وأما اذا اشترى طعاماً مكايلة فانما لم يجز التصرف فيه قبل الكيل بالنص ، ويجوز ان يقال انما لم يجز ، لأن القدر الذي يستحقه بالعقد لايصير معلوماً إلاّ بالكيل فلايجوز العقد قبله .

الجواب :

قولهم : " ان الملك مطلق للتصرف " .

قلنا : بلى ، ولكن الملك الكامل ، فأما الناقص فلا ، وأما العتق ممنوع على أحد الوجهين، وان سلمنا على ظاهر المذهب فنفوذه لسرعة وقوعه وحصوله شرعاً، فلما انه بنى على هذا في الشرع فاكتفى فيه بالملك الناقص ، وقد بيّنا وجه اعتراضهم على هذه الطريقة .

ويقولون : أيضاً مجرد اليد يكفي للبيع فكيف لايكفي الملك الناقص ؟

وصورته : اذا باع المكاتب من سيده شيئاً يجوز ولا يثبت إلاّ اليد .

وكذا عامل القراض مع رب المال .

والجواب المعتمد : ان الملك يمكّن من البيع شرعاً ومع المكنة الشرعية لابد من المكنة الحسّية وذلك باليد ، وقد بينا ان الإكتفاء بالمكنة الشرعية لايجوز ، وهذا لأن الأصل هو المكنة الحسية في التصرفات وانضمام المكنة الشرعية إليها لمعنى صحيح على ما سبق لايجوز ، وأما اذا كان غير قادر فلا يجوز .

ونحن انما ادعينا فساد البيع بهذا الطريق لكن الى أن يكون مبطلاً اعتبار المكنة الحسية التي هي الأصل ، وليست هذه الطريق هي طريقة اعتبار العجز عن التسليم في ابطال البيع لأنا لاندّعي وجود العجز عن التسليم وابطال البيع بهذا السبب فانهم يقولون المسألة الخلافية فيما اذا كان يقدر على تسليم المبيع بأن ينقد الثمن في الحال ويقبض المبيع ويتسلمه .

وأما اذا كان غير قادر فلايجوز .

ونحن ما ادّعينا فساد البيع بهذا الطريق لكن اعتبرنا قاعدة المعقولة وهي : ان التصرف لابد له من محل والمحل لابد أن يكون تحت مكنة المتصرف حتى يقبل تصرفه، فنحن على هذا المعقول المحسوس حتى يدل لنا دليل على اسقاط اعتباره .

وأما المسائل فلا تلزم على هذا الأصل .

أما العتق ، لأنه انما صح باعتبار انه يتضمن القبض شرعاً .

وعندهم : العتق قبض بخلاف البيع، وأيضاً فانه لما كان مبنياً / على ٩٥/أ سرعة الحصول وعليّة الوقوع جاز أن يكتفي فيه بالمكنة شرعاً وإن لم يوجد حسّاً كما اكتفى بملك بعض المحل عن الكل وجعل كأن الكل مملوك له ، كذلك هاهنا بوجود بعض المكنة جعل كأن المكنة موجودة من كل وجه .

وأما الدين ، فإنما يجوز التصرف فيه مع مَنْ عليه ، ويجوز بمعنى الإبراء والإسقاط ، ولايكون بيعاً محضاً .

والجواب المعتمد ان قبض الدين لايتصور ، واذا قبض يكون عيناً لاديناً فاكتفى فيه بالتمكن شرعاً ، وهو الملك ضرورة بخلاف مسألتنا فان اليد متصور .

وأما الأثمان والمهور : فنقول لايجوز التصرف فيها قبل القبض .

وأما المغصوب والمقبوض على سوم البيع والموروث والموصي به فهذه الأشياء في يده بطريق الحكم ، أما هاهنا لايد أصلاً لا حكماً ولا حساً ، لانها للغير واذا كان حق الغير لم يكن له وأما العذر عن المنقول فليس بشئ ، لأن ذلك الغرر موجود في نفس البيع الأول ، ومع ذلك يصح ، وبيانه : انه ما من عقد يعقد إلاّ ويجوز فيه هذا الغرر بأن يهلك قبل القبض فيبطل العقد ، والإحتراز ممكن بأن يسلم اليه . ثم يبيعه منه ، وعلى انا ذكرنا المعتمد في المسألة ولا حاجة معه الى كلام سواه فليكن اعتماد المناظرة عليه . والله تعالى أعلم .

﴿ مسألة ﴾

وطء الثيب لايمنع الرد بالعيب عندنا .[١]

وعندهم : يمنع .[٢]

لنا : ان سب الرد قد وجد مقروناً بشرطه فوجب أن يرده .

---

(١) المهذب : ٣٧٨/١ النكت : ورقة ١٣٨/ب ، تكملة المجموع للسبكي : ٣٨٣/١١ ، روضة الطالبين : ٤٩٠/٣ .

وهو رواية عن الامام أحمد ، انظر : المغني : ٢٢٨/٦ .

وبه قال مالك والليث بن سعد وأبو ثور ، وعثمان البتي وهو رواية عن الامام أحمد .

انظر : الاشراف للبغدادي : ٢٦٩/١ ، المغني : ٢٢٨/٦ ، تكملة المجموع : ٣٨٣/١١ ، شرح السنة : ١٦٤/٨ .

(٢) الحجة على أهل المدينة : ٥١٨/٢ ، الاسرار : ١٠٥٤/٢/أ ، المبسوط : ٩٥/١٣ .

وهو رواية عن الامام أحمد وبه قال الزهري والثوري واسحاق . انظر : المغني : ٢٢٨/٦ .

فتبين من هذا ان اختلافهم على ثلاثة أقوال :

القول الأول : يردها ولا شئ معها وبه قال الشافعي ومالك وأحمد في رواية .

القول الثاني : لايردها ولايرجع بالايش وبه قال ابو حنيفة وأحمد في رواية .

القول الثالث : يردها ومعها ارش ولكن اختلفوا في مقدار الارش :

١) فقال الشعبي : يردها ومعها حكومة .

٢) وقال ابن ابي ليلى : يردها ومعها بهر مثلها .

٣) وقال شريح والنخعي : يردها مع نصف عشر ثمنها .

وقد ذكر المؤلف رحمه الله هذه الآراء عند الجواب عن حجة المخالف .

دليله : ما قبل الوطء ونعني" بسبب الرد "هو العيب ، ونعني " بشرطه " اعادة المبيع الى ملك البائع كما دخل في ملكه ، وهذا لأن الوطء محض انتفاع ووجوده لاينقص من عين الجارية ولا من قيمتها أما من عينها فلا اشكال فيه اصلاً ، وأما من قيمتها فلأن المسألة في مثل هذا الموضع ، فأما اذا صورنا نقصاناً من قيمته فعندنا يمنع الرد.

يبينه : ان وطء الثيب يزداد الوطء مرة بعد أخرى وهو لاينقص القيمة في العادات ونقصان القيمة يرجع في معرفته الى عادة التجار وهم لايعدون هذا نقصاناً .

يبينه : ان العادة جرت باستعلام المشتري حال الجارية انها ثيب أو بكر ولم تجر العادة باستعلام عدد الوطئات من واحد أو من جماعة ، والسبب انهم اذا علموا ان الجارية ثيب لايبالون بقلة الوطء وكثرته .

فثبت قطعاً ان الوطء لاينقص من عين الجارية ولا من قيمتها فقد رد المبيع الى البائع بالعيب الذي وجد به ، كما اشترى فجاز له ذلك ، وصار الوطء في هذا الموضع بمنزلة الإستخدام وهو لايمنع الرد ، فكذلك هاهنا .

وحجتهم :

انهم ادعوا اجماع الصحابة .

وقالوا : روي عن علي [١] وابن عمر [٢] انهما قالا في هذه المسألة " لاترد

---

(١) رواه عن علي من قوله البيهقي في سننه : ٥/٣٢٢ ، ولفظه " لزمته ويرد البائع ما بين الصحة والداء ، وان لم يكن وطئها ردها " .
قال البيهقي : وليس بمحفوظ . اهـ
ورواه محمد بن الحسن في كتاب الحجة : ٢/٥١٩ ـ ٥٢١ .

(٢) ذكره في الاسرار : ٢/١٠٥/أ .

ويرجع بالأرش " كما [١] ذهبنا اليه .

وعن عمر [٢] وزيد انهما قالا : ترد الجارية بالعيب ويرد معها ان كانت بكر عشر قيمتها وان كانت ثيباً نصف عشر قيمتها " . [٣]

والاستدلال : ان الصحابة اتفقوا ان الوطء ليس بهدر بل هو معتبر. وعندكم [٤]: هو هدر.

يبينه : انهم جعلوا الوطء بمنزلة الجناية [٥] ، فإن من يقول في هذه المسألة ان الوطء يمنع من الرد كذا يقول في الجناية .

ومن قال : انه يغرم العُقر يقول في الجناية انه يرد ويغرم الأرش .

ومن جهة المعنى :

قالوا : { واعتمدنا على ان الوطء في ملك الغير جناية بدليل اجماع الصحابة .

---

(١) أورد السبكي قول علي ، وابن عمر في تكملة المجموع : ١١/٣٨٥ ، نقلاً عن المؤلف وذكره الدبوسي في اسراره : ٢/١٠٥/أ .

(٢) رواه عن عمر من قوله البيهقي في سننه : ٥/٣٢٢ ، ولفظه " ان كانت ثيباً رد معها نصف العشر وان كانت بكراً رد العشر " .
وذكره أبو زيد في اسراره : ٢/١٠٥/أ .

(٣) رواه وكيع في اخبار القضاه عن ابراهيم عن شريح : ٢/٢٧٩ .
وأورده الشيرازي في النكت ورقة : ١٣٨/ب .
وأورده السبكي في تكملة المجموع : ١١/٣٨٥ ، نقلاً عن المؤلف .
وذكره ابو زيد في اسراره : ٢/١٠٥/أ .

(٤) أي عند الشافعية .

(٥) المبسوط : ١٣/٩٥ .

ويدليل انه لايخلو في دار الدنيا عن عقوبة أو غرامة مثل الجناية سواء .

ولأنه لايستباح بالإباحة . وخرج على هذا الإستخدام فانه غير نازل منزلة الجناية بدليل الحكمين عكساً .

وأما قولنا : " انه جناية اذا كان في ملك الغير " ، فهو بناء على ان الرد بالعيب فسخ من الأصل } [١] ، ومعنى الفسخ من الأصل : انه يجعل العقد كالعدم .

والدليل عليه : انا أجمعنا على انه يعود الملك الى البائع ولايعود الملك الى البائع الاّ اذا انفسخ العقد من الأصل ، ويصير كالمعدوم ، لأن الفسخ ليس ببيع ينقل الملك الى الغير انما هو رفع عقد قد سبق فيكون عود الملك الى البائع لانفساخ العقد من الأصل وإلتحاق العقد الموجود بالمعدوم .

يبينه : انه اذا انفسخ بالعقد في الحال وبقى العقد الى وقت الفسخ على ما كان من قبل وحكمه الملك فوجب ان لايرتفع الملك .

لأنه اذا بقى السبب فلابد أن يبقى حكمه .

ويدل عليه: انه يعود الملك القديم باحكامه حتى اذا ردّ على البائع بالعيب ٩٥/ب يرد على بائعه ، وهو دليل على انفساخ الملك من الأصل .

لأنه اذا لم يكن كذلك يكون ابتداء تمليك من البائع ، وهذا لايجوز ، لأن اللفظ غير صالح له من حيث ان نقض العقد لايصلح لما يصلح له العقد ، ولأنه اذا كان ابتداء تمليك وجب أن لايرد على بائعه ، كما لو اشترى منه .

---

(١) ما بين القوسين نقلاً من الأسرار مع بعض التصرف . انظر : ٢/١٠٥/أ .

وبعضهم قال : ان العقد مضى وانقضى فكيف يفسخ في الحال ؟ وانما جاز الفسخ للحاجة ، كان القياس أن لايجوز فينصرف فسخ العقد الى زمان العقد وهو الزمان السابق .

وأما في الحال فلا عقد حتى يفسخ ، واذا ثبت ان العقد ينفسخ من الأصل ظهر ان الوطء لاقى ملك الغير فيكون بمنزلة الجناية .

قالوا أيضاً : ان منافع البضع جعل بمنزلة الأجزاء حكماً بدليل ما ذكروا في كتاب النكاح من فساد النكاح بالتوقيت وشرط التأبيد فيه مثل العقد على الأعيان ، وبدليل استقرار العوض بوطئةٍ واحدة .

مثل عين يشتريها ويستوفيها يستقر به الثمن ، ولأن منافع البضع تضمن بالمال الكثير وهو الألوف اذا بلغ ذلك مهر المثل وضمان الأكثر ضمان الأجزاء دون ضمان المنافع ، لأنه لايتصور أن تضمن منفعة ساعة بالألف والألفين فدل انها بمنزلة الأجزاء حكماً ، وهذا لأن منافع البضع في الشرع محترمة مشرفة ، لأنها سبب النسل في العالم فلشرفها وحرمتها التحقت بالأجزاء فاذا ثبت إلتحاقها بالأجزاء شرعاً فصار كأنه استوفى بعض الأجزاء وأراد الرد بالعيب وذلك لايجوز كذا هذا .

قالوا : ولايجوز أن يقال انها وان التحقت بالأجزاء حكماً الاّ انها ليست بمال فحبسها لايمنع الرد ، لانا نسلم انها ليست بمال ولهذا لايقابلها شئ من الثمن ، لكن لما كانت بمنزلة الأجزاء وصارت مستحقة بعقد البيع فحبسها يمنع الرد .

قالوا : وليس يلزم على ما قلنا اذا اشترى جارية مزوجة ووطئها الزوج حيث لايمنع الرد ، لأن على الطريقة الأولى انما ادعينا انه بمنزلة الجناية اذا صادف ملك الغير ، وهناك بالرد بالعيب لايظهر ان الزوج وطئ في ملك الغير ، وعلى الطريق الثاني نقول: ان منافع البضع وان نزلت كالأجزاء حكماً ، لكنها غير

مستحقة بالشراء انما هي للزوج ونحن انما منعنا من الرد ، لأنا جعلنا المشتري بالوطء كأنه حبس بعض الأجزاء المبيعة، وهذا لايوجد في مسألة الإلزام .

قالوا : ولايدخل على هذا العذر اذا كانت الجارية بكراً ووطئها الزوج لأن جلدة البكارة غير مستحقة للزوج فانها عين حقيقة والنكاح محلها منافع جعلت اجزاء حكماً لا أجزاء حقيقة إلاّ ان تلك الجلدة تتلف ضرورة ، واذا كانت مستحقة بالشراء فاذا وطئها الزوج فلم يرد المبيع على البائع كما دخل في ملكه فلم يجز .

قالوا : ولايلزم البائع اذا وطئ الجارية المبيعة قبل القبض حيث لايثبت الخيار للمشتري لأنا لانسلم عدم ثبوت الخيار للمشتري بل يثبت ، وان سلمنا فلأنا جعلنا منافع البضع في حكم العين ولو ان الجارية المبيعة ولدت ولداً عند البائع فقتل ولدها ، فانه لايثبت خيار للمشتري ، كذلك جعلنا هذه المنافع في حق المشتري بمنزلة الولد ، ولو قتل المشتري الولد ثم أراد رد الأصل بالعيب لم يملك ، كذلك هاهنا .

واعتذر أبو زيد وقال [١] : انما جعلنا الوطء بمنزلة الجناية اذا صادف ملك الغير والوطء قبل القبض في حكم ملك البائع ، لأنه تصرف من التصرفات ولاينتقل ملك التصرفات الى المشتري الاّ بالقبض فبقى على ملك البائع فلم يجز أن يجعل جناية بخلاف مسألتنا على ما سبق .

قالوا : ولايلزم اذا اشترى جارية وافتضها ووطئها بغير أذن البائع ثم استردها البائع لحبسها بالثمن ثم ان المشتري وجد بالجارية عيباً ، منعوا جواز الرد .

---

(١) انظر : الاسرار : ٢/١٠٥/أ .

وقالوا : لايجوز أن يرد بالعيب ، وقالوا : ولايتأكد على المشتري شئ من الثمن بهذا الفعل ، لأنا وان جعلنا منافع البضع بمنزلة الأجزاء لكنها ليست بمالٍ فقد احتبس عند المشتري بما ليس بمالٍ فلا يقابله شئ من الثمن .

وبهذا الطريق نعتذر عن مسألة المرابحة حيث يجوز أن يبيع الجارية مرابحة ، وان كان قد وطئها ، لأنها لم يكن مالاً فلم يمنع بيع المرابحة ، لأن بيع المرابحة مبناه على الأمانة فمتى لم يحتبس عنده شئ هو مال ولا شئ يقابله الثمن فلم توجد منه الجناية فجاز البيع مرابحة وليس يدخل على هذا العذر اذا كانت الجارية بكراً فوطئهاأو جنى على الجارية حيث لايجوز البيع/مرابحة ٩٦/أ لأن في هاتين الصورتين فات منها جزء حقيقة وهو مال يقابله بعض الثمن فيلزمه أن يبين انه فات بعض ما يقابله الثمن حتى ينتفي عنه اسم الجناية .واعتذروا عن الطريق الأول من مسألة المرابحة ، وقالوا انما ادعينا ان الوطء كالجناية حكماً اذا وجد في غير الملك وطريق وجوده في غير الملك انفساخ العقد من الأصل عند الرد بالعيب ، وهذا لايوجد في فصل المرابحة، لأنه لم يوجد رد يفسخ العقد من الأصل حتى يصير الوطء جناية انما وجد بيع مبتدأ فبقي الوطء في الملك على ما وقع فلم يمكن تنزيله منزلة الجناية الى هذا الموضع انتهت الطريقة والتخريجات ، وفي غاية الإمكان ، لأن المسألة في نهاية الإشكال عليهم .

وقد تعلق كثير من مشايخهم بقولهم : " ان الوطء عيب في المعقود عليه في حق البيع لاستنكافه عنه وتعيّره ، والمعتبر لحوق الضرر في الإستمتاع بالجارية مدة مديدة ثم ردها على البائع واسترداد جميع الثمن ضرر عظيم على البائع ، والرد بالعيب لدفع الضرر والضرر لايدفع بالضرر .

الجواب :

أما دعوى اجماع الصحابة ، دعوى باطلة ، { وقد جهدتُ أن أجد ما قالوا وحكوا في كتاب يعتمد عليه فلم أجد انما هو حكاية طلبة العلم من التعليقين ومتبعي السواد على البياض }[1] ، ثم دعواهم ان الخلاف بينهم في الجناية مثل الخلاف في الوطء وضع مالا أصل له على مالاأصل له ، نعم ، قد ذكر أهل المعرفة بالإختلاف والإجماع ما حكوا عن عمر وزيد عن شريح والنخعي[2]

وحكوا عن الشعبي انه يردها ويرد معها حكومة .[3]

وعن ابن ابي ليلى يردها ويرد معها مهر المثل .[4]

وحكوا عن الحسن البصري ان الجارية لازمة له لايردها ولايرجع بشئ .[5]

وحكوا عن ابن سيرين والزهري مثل قول أبي حنيفة رحمة الله عليه .[6]

---

(١) ما بين القوسين نقله السبكي في تكملة المجموع : ٣٨٦/١١ عن المؤلف .

(٢) رواه وكيع في أخبار القضاة عن ابراهيم عن شريح : ٢٧٩/٢ .

وذكره الشيرازي في النكت ورقة ١٣٨/ب فقال : "ما قالواعن عمر فهو عن شريح " .

وذكره السبكي في تكملة المجموع ٣٨٣/١١قال : "وهو قول شريح والنخعي وقتادة .

وروى من طريق الشعبي عن عمر " اهـ ، قال في المغني : وهو قول شريح والنخعي":٢٢٨/٦ .

(٣) ذكره السبكي في تكملة المجموع :٣٨٣/١١ ، وابن قدامة في المغني : ٢٢٨/٦ .

(٤) ذكره السبكي في تكملة المجموع : ٣٨٣/١١ ، وابن قدامة في المغني ٢٢٨/٦ ، والبغدادي في اشرافه :٢٦٩/١ ، والدبوسي في اسراره ١٠٥/٢/أ .

(٥) ذكره السبكي في تكملة المجموع : ٣٨٣/١١ ، قال : " لو صح ذلك عن الحسن وعمر بن عبد العزيز وهي رواية عن علي بن أبي طالب .... " اهـ

(٦) ذكره السبكي في تكملة المجموع : ٣٨٣/١١ ، وابن قدامة في المغني : ٢٢٨/٦ .

قالوا : ويروي هذا القول عن علي عليه السلام [١] فأين الاجماع الذي ادّعوه والامر على هذا السبيل [ولم يرو عن أحد من الصحابة سوى علي رضي الله عنه؟ وأصحابناحكوا عن زيد مثل مذهب الشافعي [٢]،ولايصح] [٣] .

وعلى انه يقال لهم قد رويتم عن عمر وزيد رضي الله عنهما انه يرد الجارية ويرد معها الأرش، على ما حكيتم، فنحن أخذنا بقولهما في أصل الرد وتركنا الباقي بالإجماع .

وأما دعواهم أنه بمنزلة الجناية :

في نهاية البعد ولامشابهة بين الجناية والوطء بحال خصوصاً اذا كان في الملك.

وَمَنْ ادعى ان الوطء الحلال بمنزلة جناية محرمة يرتكبها العبد فقد أبعد غاية الإبعاد .

وقولهم " انه لايخلو عن عقوبة وغرامة ولايحل فيه البذل والاباحة " ، فذلك لشرف البضع وخطره ، وليس كما زعموا .

وقولهم : " ان الرد بالعيب يفسح الملك من الأصل " .

ليس كذلك ، بدليل انه لاتسقط به الشفعة ، ولو انفسخ من الأصل لسقط ، ولأنه لو باع عبداً بجارية واعتق الجارية ثم رد عليه العبد بالعيب لم يبطل العتق ، ولو انفسخ من الأصل لبطل ، ولأن البائع لو رضى بالرد عليه جاز ، ولو صار الوطء كالحاصل في ملكه لم يصح رضا البائع به ، وهذا معتمد .

وأما الحقيقة ان الفسخ يلزم زمانه كالعذر يلزم زمانه فَمَنْ ادّعى عوده الى زمان سابق فقد ادّعى قلب الحقيقة فلابد من دليل شرعي قطعي يردنا عن هذه الحقيقة

---

(١) قال في المغني : ويوي ذلك عن علي رضي الله عنه " أ. هـ : ٢٢٨/٦ .

(٢) قال الشيرازي في النكت ، وروي عن زيد مثل قولنا " اهـ ، ورقة ١٣٨/ب .

(٣) ما بين القوسين نقله السبكي في تكملة المجموع : ٣٨٦/١١ عن المؤلف مع بعض التصرف في العبارة .

وأما عود الملك الى البائع فهو لضرورة الإقالة فانه لابد لها من فائدة وفائدتها عود الملك الى البائع ، وهذا لانهما قصدا بالإقالة اعادة كل واحد منهما الى ما كان عليه قبل العقد في الحكم المطلوب بالعقد لافي غير العقد اذ ليس لهما غرض في عين العقد وجوداً وعدماً ، وانما المقصود هذا الحكم الثابت بالعقد فثبت بالعقد وانتفى بالفسخ ثم انما ينتفي بقدر الإمكان وذلك نفيه في زمان الفسخ فأما نفيه في الزمان السابق محال .

وقولهم " انه يعود ذلك الملك بحكمه " .

قلنا : بلى ، ولكن من زمان الفسخ لا من قبل .

وقولهم " ان العقد منقضٍ " .

قلنا : لا ، بل هو قائم ولولاه ما صح الفسخ ونعني"بقيامه" قيامه حكماً، واذا لم ينفسخ من الأصل لم يظهر وجود الوطء في غير الملك ، ولئن سُلّم لهم ان الرد بالعيب يوجب فسخ الملك من الأصل فانما ذلك في ملك قائم ، فأما في منافع استوفيت وتلاشت فمحال ، ولهذا يسقط احصانه ، ونظير هذا لو وهب رجل لابنه جارية فوطئها ثم رجع الأب، وعندهم في الأجنبي يكون هذا رجوعاً في العين المملوكة لافي المنافع المستوفاة /حتى لايسقط احصان الواطئ ٩٦/ب ولايجب عليه شئ ، فكذلك اذا وطء الزوج المرأة وهو غير كفؤ ثم ان الأولياء فسخوا العقد .

فان قالوا : لايسقط الإحصان ، لأنه لم يقصد الوطء في غير الملك .

قلنا : فقولوا ليس بجناية ، لانه لم يقصد في غير الملك ، والا فما الفرق ؟ وهذا الجواب على تسليم أصل كلامهم ، جواب معتمد .

قولهم : " ان المنافع جعلت بمنزلة الأجزاء حكماً " .

قلنا : ليس كذلك ، بل هي منافع على ما خلقها عليه خالقها حقيقة ، والذي ادعوا قلب الحقيقة ولايصح إلاّ بدليل شرعي ، ويردنا عن هذه الحقيقة كما ذكرنا في الفصل الأول .

وقد اجبنا عن دلائلهم في كتاب النكاح فشرط التأبيد ليتوفر على النكاح مقاصده ، وتأكيد الصداق بالوطء الواحد لضرورة تعذر التوزيع ، وكأنه لايمكن تأخير تأكيد الصداق الى أن يستوفى جميع الوطئيات ، لأنه لايكون إلاّ بعد الموت ، وفيه اضرار عظيمة بالمرأة ، وأما تقوّم منافع البضع بالمال الكثير فلشرفها وحرمتها ، ولأنه لما جاز أن يضمن بالعضو الصغير الحقير بالمال الخطير بحرمة له شرعاً أو حقيقة لم لايجوز مثل هذا في المنافع ؟ فليس ما قالوه بشئ، وان سلم لهم ان منافع البضع بمنزلة الاجزاء حكماً فليست بمال ، ولافي مقابلتها مال ، فاحتباسها عند المشتري لم يمنع الرد بالعيب .

فإن قالوا: إنمامنع الرد ، لأن شرط الرد يفوت وهو اعادة الجملة الى يد البائع كما أخذ.

قلنا : الشرط ان يعيد الى البائع ماتناوله العقد ، واذا لم يكن مالاً ولا في مقابلتها مال لم يتناولها العقد .

قالوا : يتناولها العقد بيعاً وان لم يتناولها العقد مقصوداً ، وهذا لأنه قائم بالأصل ضرورة فيتبعه ضرورة .

قلنا : البيع عقد مال بمال فما ليس بمال لايتناوله العقد لامقصوداً ولا تبعاً بخلاف الأطراف فانها اموال تابعة للاصول فتتبعها في عقد المال .

يبينه : ان المانع من الرد بالعيب هو العيب وعيب المال نقص بالمال فاذا لم تكن المنافع مالاً فكيف يتصور نقصان المال وتعيّبه بفواتها واستيفائها ؟.

ويمكن أن يقال أيضاً ان هذه المنافع وان كانت أجزاء حكماً فهي اجزاء حاصلة

حادثة بعد القبض وهلاك الأجزاء الحادثة بعد القبض متى توجب تعيّب الأصل ؟

وهذه الطريقة تنخرق بهذه الكلمات خرقاً لايقبل الرقع .

والجواب على التسليم معتمد .

وقد استغنينا عن التمسك بالمسائل الإلزامية على أصولهم ، وان كانت في نهاية الاشكال عليهم .

والتخريجات التي قالوا ضعيفة عند التأمل جداً .

فأما الطريقة الأخيرة " وهي قولهم ان وطء الثيب عيب في حق البائع لمعنى الأنفة " .

فليست بشئ ، لأن جعل الشئ عيباً في حق شخص دون شخص لايعرف ، وأيضاً فان الآنفة مطرحة عند مقابلتها بالشرع ، لانها من رعونات الطبع وتسويلات النفس ، ومثل هذا لايبتنى عليه حكم شرعي ، وقد يوجد مثل هذا الآنفة في صور :

من تجريد جارية والنظر اليها مقبلة ومدبرة وارتكاب فاحشة من غلام قد اشتراه، وغير ذلك ، ومع ذلك لايمنع الرد بالعيب كذا هاهنا والله أعلم .

﴿ مسألة ﴾

الزوائد المنفصلة الحاصلة من المبيع بعد القبض لاتمنع الرد بالعيب عندنا .[١]

وعندهم : تمنع .[٢]

ولاخلاف انها لاترد مع الأصل .

لنا :

ان سبب الرد موجود ، ولامانع من الرد فيرد ، وانما قلنا " لامانع " لأنه يرد جميع المبيع ولم يحبس شيئاً منه ، ولو كان هاهنا مانع لكان المانع احتباس شئ من المبيع ولم يوجد .

وانما قلنا " لم يحتبس شئ من المبيع " لأن المبيع أما ان يعرف بحقيقة البيع أو بحكمه ، فإن عرف بحقيقته فلم يوجد في الزيادة لأن البيع هو الإيجاب والقبول في مال بمالٍ وهذه الزوائد حدثت بعد وجود البيع فلم يتصور أن يكون مبيعاً حقيقة ، وان عرف بحكمه فحكمه ملك مال بالعقد بازاء مال يقابله .

وهذه الزيادة ما ملكت بالعقد انما ملكت بملك الأصل ولا عوض يقابلها فدل ان الزوائد ليست بمبيعة بوجهٍ ما ، واذا كان كذلك فاحتباسها عند المشتري لم يكن مانعاً من رد الأصل ، وأشبه هذا الكسب فانه لايمنع رد الأصل للمعنى الذي بيّنا كذلك هذا .

---

(١) النكت ورقة ١٣٧/ب ، المهذب ٣٧٧/١ ، وهو قول الحنابلة والمالكية .

انظر : المغني : ٥٥٠/٦ ، الاشراف للبغدادي : ٢٦٨/١ .

(٢) بدائع الصنائع : ٣٢٤٧/٧ ، المبسوط : ١٠٤/١٣ ، إيثار الانصاف :ص ٢٥٥.

أما حجتهم :

قالوا : الولد مبيع فلايجوز رد الأصل بدونه .

دليله : سائر أجزاء المبيع ، وانما قلنا : انه مبيع ، لأن أصله مبيع فيكون الولد مبيعاً أيضاً ، هذا لأن الفروع على مثال الأصول واذا كانت الأصول مبيعة فلابد وان تكون الفروع مبيعة الاّ ترى ان الأصول اذا كانت مملوكة كانت / ٩٧/أ الفروع مملوكة واذا كانت الأصول غير مملوكة كانت الفروع غير مملوكة .

وربما يعبّرون عن هذا فيقولون : " معنى ثبت في المحل ثباتاً مؤكداً فوجب ان يسرى الى الولد بمنزلة الملك ، وكذلك حق العتاق في أم الولد ، وكذا الكتابة والتدبير .[1]

قالوا : وَقولكم " ان حقيقة البيع لم يجر عليه " ، بلى ، ولكن جرى على أصله ، وهذا متولد منه فيسرى اليه صفة المبيعيّة كسراية صفة الملك ، والإستيلاد ، والكل أوصاف المحل فاذا جازت السراية في وصف جازت في سائر الأوصاف .

قالوا : وقولكم " ان المبيع ما يملك بالعقد في مقابلة عوض " .

قالوا : هذه الزوائدة مملوكة بالعقد إلاّ ان الأصل يملك بغير واسطة والزوائد تملك بواسطة ملك الأصل ، ولئن قلنا انها غير مملوكة بالعقد " فأصلها مملوكة بالعقد ، ونحن انما ندّعي ان الولد مبيع تبعاً لا أصلاً . ويكفي في اثبات المبيعية تبعاً ان يكون الأصل مملوكاً بالعقد وان لم يكن الفرع في نفسه مملوكاً بالعقد ، وبهذا الوجه اعترضوا على فصل الضمان ، وقالوا : ان الولد لما كان

---

(١) انظر : المبسوط : ١٠٤/١٣ ، بدائع الصنائع : ٣٢٤٧/٧

مبيعاً تبعاً لم يقابلها الضمان، وهذا كالاطراف فانه لايقابلها ضمان ، لانها مبيعة تبعاً لا أصلاً ، وهذا مثل سائر أوصافها لايقابلها الضمان لهذا المعنى .

وكذلك قالوا : في الولد الحاصل قبل القبض إلاّ انه اذا قبض الولد أخذ حكم الأصلية في الضمان ، لأنه صار مقصوداً في القبض وهو يأخذ شبهاً من العقد فقوبل بالضمان .

وكذا قالوا : في الأطراف اذا قطعت يقابلها الضمان ، لأنها صارت مقصودة بالقطع وصارت أصولاً باعتبار هذا الفعل .

فأما في مسألتنا فانه اذا ولد المبيعة بعد القبض فهو تبع من كل وجه ولايقابله عوض بحال ، لأن حكم الضمان انتهى بالقبض على معنى انه تأكدت المقابلة بالضمان تأكداً لايقبل التغيير والبطلان فلهذا لم يقابله ضمان إلاّ انه مبيع على ما سبق بيانه فلم يجز رد الأصل بدونه ، ولم يجز أيضاً أن يرد مع الأصل ، لأنه تبع فلا يجوز أن يجعل أصلاً في حكم الرد ولو رد مع الأصل لصار أصلاً مع أصله أعني في الرد ، وليس كما لو هلكت الزوائد ، لأنها صارت بالهلاك كأن لم تكن فجاز رد الأصل كما لو تحدث هذه الزوائد أصلاً ، ولو استهلكت الزوائد لم يرد الأصول ، لأنها صارت أصولاً في فعل الإستهلاك فلم يجز رد الأصل بدونها .

وقالوا على وجه آخر : وهو الولد مبيع من وجه وليس بمبيع من وجه ، وانما قلنا: "مبيع من وجه " لما قلنا ، وانما قلنا " ليس بمبيع " لما قلتم ، فاذا كان مبيعاً من وجه فاذا رد الأصل بقي ما هو مبيع من وجهٍ في ملكه بغير عوض ، والمبيع من غير عوض ربا والربا حرام ، وشبهة الربا محرمة مثل حقيقة الربا ، فاذا كان الولد مبيعاً من وجه وقد سلم له بغير عوض فصار ربا من هذا الوجه ووجود الربا كافٍ في اثبات الحرمة .

قالوا : ولايجوز أن يقال ان قبل الرد أيضاً سالم بغير عوض ، لأنه قبل الرد يسلم الولد تبعاً حين يسلم تبعاً ، واذا رد الأصل وبقي الولد يسلم حين يسلم أصلاً وهو بغير عوض غير جائز كما ذكرنا .

قالوا : ولايلزم الكسب ، لأنه ليس بمبيع بوجه ما ، لانا انما جعلنا الولد مبيعاً بسبب الجزئية ، وهذا لايوجد في الكسب ، والدليل على الفرق ان ولد أم الولد يسرى اليه حق الإستيلاد بخلاف الكسب .

قالوا : وليس كالعُقر الواجب بالوطء بشبهة حيث يلحق بالولد ويمنع رد الأصل ، لأن العُقر بدل منافع البضع ، وهي بمنزلة الأجزاء كما سبق فصار كأرش الطرف بخلاف الغلة فانها بدل سائر المنافع وهي غير منزلة منزلة الاجزاء الى هذا الموضع انتهت طريقتهم المعتمد بالتخريجات والإحترازات .

وقد قال مشايخهم : ان الولد موجب العقد فلايجوز أن يرد الأصل ويسلم له موجب العقد ، كما لايجوز أن يرد المبيع ويسلم له الملك أو اليد ، والدليل على ان الولد موجب العقد ان رجلا لو باع جارية من انسان فولدت ولداِ ثم استحقت الجارية وضمن المستحق المشتري قيمة الولد فانه يرجع بقيمة الولد على البائع وانما يرجع لأنه موجب العقد وقد ضمن البائع للمشتري سلامة موجب العقد له فاذا لم يسلم إلاّ بعوض يرجع بالعوض الذي اخذ منه على البائع .

الجواب :

أما دعواهم : ان الولد مبيع ففي نهاية البعد على ما سبق بيانه .

وقولهم : " ان الولد جزء من المبيع فيكون مبيعاً " .

قلنا : اثبات الجزئية بعد الانفصال لايمكن ، والكلام فيما بعد / الإنفصال فأما الولد قبل الإنفصال فربما يقول انه مبيع فيما اذا ٩٧/ب اشترى جارية حاملاً ويقابله بعض الثمن .

يبينه : ان العلماء اختلفوا في الولد قبل الإنفصال انه جزء أم لا ؟ ولاخلاف انه بعد الإنفصال إنه ليس بجزء .

وقولهم " ان الفرع يكون على وفاق الأصل " .

قلنا : هو بعد الإنفصال أصل مثل أصله فلايكون من ضرورته أن يكون مبيعاً كالأصل .

وقولهم : " انه معنى ثبت في المحل ثباتاً مؤكداً فوجب ان يسري الى الولد " .

قلنا : سراية المبيع غير متصور ، لأن البيع عبارة عن فعل فاعل في محل ، ومتى وجد الفعل من الفاعل في محل كيف يسري ذلك الفعل الى الولد الذي ينفصل عنه ؟ .

فان قالوا : وجب أن تسري صفة المبيعية .

قلنا : القول بالسراية غير ممكن لما بينا ان المبيع ما يملكه بعقد البيع بعوضٍ يقابله وهذا لايتحقق في الولد بحال .

وقولهم " ان الولد يملك بعقد البيع بواسطة ملك الأصل " .

قلنا : هذا انما يعتبر أن لو كان ملك الأصل غير مستقل باثبات الملك في الزوائد الحاصلة منه بواسطة ، وملك الأصل كافٍ في اثبات الملك في الزوائد فلايتعدى منه الى التعلق بالسبب والذي اعتمدنا عليه في نفي المبيعية بنفي العوض في مقابلته في غاية القوة .

وقولهم : " انما ثبتت المبعية تبعاً " .

ليس بشئ ، لأنه انما يمكن ذلك ان لو كان موجودة عند البيع تبعاً ولما اذا لم يكن موجوداً عند البيع لا أصلاً ولاتبعاً ، فكيف يمكن ؟ وبهذا فارق الأطراف، لأنها موجودة عند البيع تبعاً فكانت مبعية تبعاً .

وقولهم : " انه انتهى الضمان بالقبض " .

قلنا : اذا انتهى الضمان بالقبض وجب أن تنتهي المبيعة أيضاً لأنه لايوجد مبيع لايقابله ضمان الثمن بحال .

وأما قولهم " انه مبيع من وجه لا من وجه " .

قلنا : لانسلم ، بل ليس بمبيع بوجهٍ ما على ما سبق ، وعلى ان الذي قالوا ان المبيع بغير عوض ربا فاسد اعتباره في هذه المسألة لأن فوات العوض المقابل انما يكون ربا إذا كان في ابتداء العقد ، وأما اذا كان في حال البقاء فلا، ألا ترى انه يجوز أن يبرئ عن العوض واذا ابرئ عن العوض فقد سلم له المبيع بلا عوض ولكن لما لم يكن في ابتداء العقد لم يؤثر ، وعلى انه يبطل ما قبل الرد فانه سالم بلا عوض ولايكون ربا .

وقولهم : " انه سلم تبعاً " .

قلنا : وبعد الرد لايصير أصلاً بل هو باقٍ على التبعية إلاّ انه تابع لمبيع سبقت له المبيعية .

واذا بينا الجواب عن معانيهم لم يبق إلاّ تعلقهم بالمملوكية وأم الولد والمدبرة اذا ولدتا ولداً يكون الولد مثلهما ولانسلم إلاّ في هاتين المسألتين .

فأما ولد المدبرة لانسلم انه يكون مدبراً ، وكذا ولد المكاتبة لايكون مكاتباً حتى لايسعى على النجوم ، وانما يعتق الأولاد مع المكاتبة ، لأن عقد الكتابة اقتضى استحقاق الإكتساب والأولاد واستحقاق الأولاد كذا يكون بأن يعتق مع عتق المكاتب .

ويقال لهم على ولد المملوكة وأم الولد لما ثبت فيهما حق الملك وحق الإستيلاد ثبت مثل ما يثبت في الأصل فلو ثبت صفة المبيعية للولد ليثبت على الوجه الذي ثبت في الأصل ، وبالاجماع لايثبت على ذلك الوجه ، بدليل انه لايقابله الثمن فسقط التعلق بالمسألتين جدلاً من هذا الوجه .

والجواب من حيث التحقيق : ان صفة الملك انما تثبت في الولد ضرورة ، لأن المملوكية والحرية صفتان للأصل لازمتان للمحل لايتصور خلو المحل عن احدى هاتين الصفتين فاذا ولدت المرأة ولداً فلابد ان يثبت للولد احدى هاتين الصفتين وان كانت الأم حرة ترجحت صفة الحرية وان كانت الام رقيقة ترجحت صفة المملوكية ، لأنها صفة أصله الذي خلق منه ، وبهذا الطريق اثبتنا هذه الصفة للولد لا بالوجه الذي قالوه ، وهذا لايوجد في صفة المبيعة ، لأنها ليست بصفة لازمة للمحل ، لأنه يجوز أن يخلو المحل عنه ، انما هي صفة للمحل بعارض بدليل وهو البيع وقد وجد ذلك في الام لا في الولد فصار الولد مملوكاً لابصفة المبيعية .

والحرف ان صفة المبيعية زيادة على صفة المملوكية بعارض فعلٍ يجوز أن تخلو المملوكية عنها .

وكذا الجواب عن أم الولد ، لأن الإستيلاد لايسري انما يسري حق العتق وهذا الحق في المحل نزل منزلة حقيقة العتق في بعض الأحكام ، فهو أيضاً صفة لازمة للمحل .

فإن قالوا : وجب أن تقولوا بكون أم الولد مملوكاً لاحق له في العتق .

قلنا : قد بينا انه قد نزل حق العتق منزلة حقيقة العتق في الاستحقاق فترجحت هذه الصفة على غيرها لكون الأصل على هذه الصفة ، وصارت كحرة ولدت ولداً .

وتمسلك الأصحاب / بفصل الكسب ، وفرقهم واضح جداً اذا استشهدوا ٩٨/أ بأم الولد .

وقولهم : " ان الولد موجب العقد " .

قلنا : قد ذكرنا انه فرار من الزحف لا الى فئة ، ولاتعرف عين لاتكون مبيعة ويكون موجب البيع ، وفصل الرجوع بقيمة الولد انما كان بالغرور الحاصل بالبيع

لابما قالوه على ما عرف . والله تعالى أعلم .

﴿ مسألة ﴾

التصرية [١] سبب مثبتة للرد عندنا . [٢] .

وعندهم : ليست بسبب الرد بحال . [٣]

وتفاصيل المذهب معروف ، ولامعنى للاشتغال بها .

لنا :

---

(١) التصرية : قال الخطابي في المعالم ، قال الشافعي : التصرية : ان تربط أخلاف الناقة والشاة ، وتترك من الحلب اليومين والثلاثة حتى يجتمع لها لبن فيراه مشتريها كثيراً ويزيد في ثمنها لما يرى من كثرة لبنها فاذا حلبها بعد تلك الحلبة حلبة أو اثنتين عرف ان ذلك ليس بلبنها وهذا غرور للمشتري " اهـ انظر : المعالم ٧٢٢/٣ .

(٢) النكت ورقة ١٣٧/أ ، المهذب : ٣٧٤/١ ، روضة الطالبين : ٤٦٧/٣ ، تكملة المجموع للسبكي : ١٨٧/١١ ، ١٨٨ ، النووي على مسلم : ١٩٧/١٠ ، معالم السنن : ٧٢٢/٣ ، شرح السنة للبغوي ١٢٥/٨ .

وهو قول الحنابلة والمالكية ، المقنع : ٤٢/٢ ، ٤٣ ، الافصاح : ٣٤٥/١ ، قال في المغني : روى ذلك عن ابن مسعود وابن عمر وابي هريرة وأنس واليه ذهب مالك وابن ابي ليلى والشافعي واسحاق وأبو يوسف وعامة أهل العلم .... " اهـ ٢١٦/٦ .المنتقى للباجي ١٠٤/٥ ، الاشراف للبغدادي ٢٦٧/١ ، الكافي في فقه أهل المدينة : ٧٠٧/٢ .

(٣) الاسرار ورقه : ١٠٦/٢/ب ، مراد ملا ، المبسوط : ٣٨/١٣ ، كشف الاسرار : ٣٨١/٢ .

حديث أبي هريرة ان البين ﷺ قال (لاتصروا الابل ولا الغنم ، فمن ابتاعها فهو بخير النظرين بعد أن يحلبها ثلاثا [١] ان رضيها امسكها وان سخطها ردها ورد معها صاعاً من تمر) . [٢]

والخبر في الصحيح ، ولا تأولي لهم للخبر أصلاً ، لأنه مُفَسّر مُفَصّل في محل الخلاف. واعلم انهم اضطروا في الاعتراض على تعلقنا بهذا الخبر بما يشبه الطعن على أبي هريرة ، وقالوا انه كان متساهلاً في الرواية ولم يكن فقيهاً فلا يقدم الخبر الذي يرويه على القياس الجلي . [٣]

والحقوا انس بن مالك وجابر بن عبد الله وامثالهما بأبي هريرة رضي الله عنهم وذكروا عن علي وعائشة [٤] انهما انكروا على أبي هريرة كثرة الرواية ونسباه الى نوع تزيد .

---

(١) هذه اللفظة ليست في البخاري بل في مسلم .

(٢) رواه البخاري في صحيحه : ٣٦١/٤ ، مع الفتح ، باب النهي للبائع ان لايحفل الابل والبقر والغنم . ومسلم في صحيحه : ١٠/ ١٦٠ ، ١٦٦ مع النووي ، باب حكم التصرية .

وأبو داود في سننه : ٧٢٢/٣ مع المعالم ، باب من اشترى مصراة فكرهها .

والنسائي في سننه : ٢٢٣/٧ ، باب النهي عن المصراه .

والامام مالك في الموطأ : ٥/ ١٠٠ ، مع المنتقى باب ما ينهى عنه من المساومة والمبايعة.

والامام أحمد في مسنده : ٢٤٢/٢ ، ٤١٧ ، ٤٦٠ ، ٤٦٥ .

(٣) انظر : المبسوط : ٤٠/١٣ .

وقال المؤلف في القواطع : ان أول مَنْ قال بذلك عيسى بن أبان البصري ، ورقه ١٢٠/ب مخطوط .

(٤) ذكر ذلك ابن كثير في البداية : ١١١/٧

وقالوا أيضاً من وجه آخر : ان هذا خبر واحد يخالف الأصول المجمع عليها وفسروا ذلك ، وقالوا : الخبر يتضمن تقويم اللبن بالصاع من التمر من غير زيادة ولا نقصان ويتضمن اثبات عوض في مقابلة لبن حادث بعد العقد ، وهذه الأحكام مخالفة للأصول المجمع عليها ، والإجماع يوجب العلم ، وخبر الواحد يفيد الظن فلا يقدم ما يوجب الظن على ما يوجب العلم .

والجواب :

(أما تلويث اللسان بالطعن على الصحابة أو بما يشبه الطعن ليس من علامة السعادة بل نقطع انه ابتداع وضلالة وخذلان من الله تعالى لعبده) [١] فان الله تعالى اذا خذل عبداً من عبيده سهل له الطريق الى مثل هذه الظلمات وواقعه في هذه الورطات وألقاه في مثل هذه المهالك والمتالف ، وعلى مَنْ يشفق على دينه أن يحترز عن هذا واشباهه .

وقد قال ﷺ (لاتذكروا احداً من اصحابي إلاّ بخير فلو انفق احدكم ملء الارض ذهباً لم يدرك مدّ احدهم ولا نصفه " . [٢]

يعني (أجر ما أنفق من مدّ أو نصف مدّ) .

وأبو هريرة من بين الأصحاب مخصوص بملازمة رسول الله ﷺ آنـــاء الليل

---

(١) ما بين القوسين نقله ابن حجر في الفتح ٤/ ٣٦٥ ،عن المؤلف مع بعض التصرف في العبارة .

(٢) ذكره في كشف الاسرار : ٢/ ٣٨٤ .

رواه البخاري في صحيحه : ٧/ ٢١ مع الفتح ، باب قول النبي ﷺ بلفظ " لاتسبوا أصحابي " . ومسلم في صحيحه : ١٦/ ٩٢ مع النووي ، باب تحريم سب الصحابة .

وأبو داود في سننه : ٥/ ٤٥ مع المعالم ، باب فضل أصحاب النبي .

واطراف النهار [(١)] ، ودعا الرسول له بالحفظ حتى صار بحيث لاينسى شيئاً مما ذكره رسول الله ﷺ [(٢)] ودعا له أيضاً أن يحببه الله تعالى الى عباده المؤمنين[(٣)] فحبّه سنة والثناء عليه علامة السعادة وبغضه بدعة والإزراء عليه علامة الشقاوة .

وما ذكروا عن علي وعائشة فلا يثبت نصاً عن احد من الصحابة انه نسبه الى الكذب . نعم ، كانوا يعاتبونه احيانا لكثرة الرواية عن رسول الله ﷺ ، وذكر هو عذره في ذلك ، وملازمته النبي ﷺ فانه كان يشغل المهاجرون صفقتهم في الأسواق ويشغل الأنصار عملهم في اموالهم . [(٤)]

وبعد فلاينبغي لنا ان نتبع ما وجد من الصحابة من المخالفة والمشاجرة وقول بعضهم في بعض بل علينا ان نتولى الكل ونَكِلُ ما حدث بينهم الى الله تعالى وقد قال محمد بن اسماعيل البخاري : وروى عن أبي هريرة سبع مائة من أولاد

---

(١) رواه البخاري في صحيحه : ٢١٣/١ ، مع الفتح : باب حفظ العلم .

(٢) رواه البخاري في صحيحه : ٢١٥/١ مع الفتح ، باب حفظ العلم .

(٣) رواه مسلم في صحيحه ٥٢/١٦ مع النووي باب فضائل ابي هريرة رضي الله عنه .
وأحمد في مسنده ٣١٩/٢ ، ٣٢٠ .

(٤) رواه البخاري في صحيحه ٢١٣/١ مع الفتح ، باب حفظ العلم .
ومسلم في صحيحه ٥٣/١٦ ، مع النووي ، باب فضائل ابي هريرة رضي الله عنه .
وأحمد في مسنده ٢٤٠/٢ ، ٢٧٤ .

المهاجرين والانصار " . [١]

وقال اسحاق الحنظلي : ثبت عندنا من الأخبار في الأحكام ثلاثة ألف [٢] حديث يروي أبو هريرة ألف وخمسمائة حديث " .

وأما الذي قالوا ان هذا الخبر مخالف للأصول المجمع عليها .

قلنا : الخبر اذا ورد صار أصلاً من الأصول ولايجب عرضه على أصلٍ مّا ، لأنه يكون رد الخبر بالقياس ، فانه لا اجماع في المصراة ، انما الإجماع في مثل هذه الحادثة ، وقد امتازت هذه الحادثة من بين سائر الحوادث بالخبر الصحيح فيها ، والذي قلتم محض قياس ، لأنه قياس هذه الحادثة على سائر الحوادث فأردتم أن تردوا الخبر بالقياس على هذه الوجه وهو باطل باتفاق الأصوليين ، لأن السنة مقدمة على القياس بلاخلاف وان خالف مخالف فلايعبأ بقوله .

كيف وأبو حنيفة يقدم قول الواحد من الصحابة على القياس فكيف لايقدم الخبر الثابت من صاحب الشرع ؟ وقد عصم عن الخطأ وقال ما قال عن وحي من الله تعالى / وآراء الرجال يدخل فيها الصواب والخطأ والانتقاص والتزيد ٩٨/ب

والسهو والقصد والغفلة فلم يجز أن يقدم مثل هذا على قول النبي ﷺ ، وقد دل على ما قلناه حديث معاذ المعروف في الباب .

(١ ، ٢) ذكره في كشف الاسرار : ٢/٣٨٣ .

وذكر ابن حجر في الاصابة : ٤/٢٠٣ .

وذكره ابن عبد البر في الاستيعاب : ٤/٢٠٦ (مع الأصابة) .

وقد قال بعضهم : [(١)]

دين النبي محمد آثـــــار نعم المطية للفتـــى الأخبار .

ولربما غلط الفتى سبل الهدى والدين واضحة لهـا أنـــوار

لا تغفلن عن الحديث وأهلــه فالرأى ليل والحديث نهـــار

ونسأل الله العصمة والثبات على السنة بمنه ، والمعتمد على هذا الخبر .

وأما القياس مسلم لهم { لأنهم يدعون ان التصرية ليست عيباً من حيث انها ليس إلاّ جمع اللبن واجتماع اللبن لايكون عيباً فكذا جمعه لايكون عيباً ، ولأن التصرية ليست إلاّ إخفاء غزارة اللبن ونزارة اللبن ليست بعيب فإخفاء الغزارة لايكون عيباً } . [(٢)]

قالوا : { ولايجوز الرد باعتبار الغرور ، لأن العادة جرت ان الناس يفعلون هذا الفعل للترويج ، والمشتري اذا ظنه حقيقة فهو الذي غَرَّ نفسه واغتر بفعله ، وطمع في غير مطمع فكان وبال ذلك عليه .

قالوا : ودعوى مَنْ يقول : ان اظهار الغزارة بفعل التصرية بمنزلة شرط الغزارة

---

(١) روى هذه الأبيات ابن عبد البر في كتابه (جامع بيان العلم وفضله ٢/ ٣٥) عن ابي عبد الرحمن عبد الله بن احمد بن حنبل عن ابيه ولفظها :

دين النبي محمد أخبـــار نعم المطية للفتى آثـــار

لاترغبن عن الحديث وآلـــه فالرأي ليل والحديث نهـــار

ولربما جهل الفتى أثر الهـــدى والشمس بازغة لها أنـــوار

(٢) ما بين القوسين نقلاً من الاسرار : ٢/ ١٠٧/أ (مراد ملا) مع بعض التصرف في العبارة .

مـجـرد الدعـوى لادليل عليـه } [١] ولهم سـوى هذا كلمـات أخر فـاقـتـصـرنا على هذا، لأن الأولى نـسلم القـيـاس لهم وأن لانشـرع فـيـه أصلاً ونعـتـمـد على السنة المذكورة . والله اعلم

---

(١) مـا بين القوسين نقلا من الاسـرار : ١٠٧/٢/أ (مـراد مـلا) مع بعض التـصـرف في العبارة .

«« مسألة »»

يجوز لاحد المشترين للعبد وغيره أن ينفرد بالعود بخيار العيب وبخيار الشرط[١] وهو قول أبي يوسف ومحمد .[٢]

وعند أبي حنيفة : ليس له ذلك إلاّ أن يساعده صاحبه .[٣]

لنا :

أن الخيار ثابت لهما ولو اجتمعا على الخيار كان كل واحد منهما مستوفيا حقه على الخلوص فاذا انفرد احدهما بالإستيفاء كان له ذلك ، ولم يشترط مساعدة الآخر إياه .

دليله : الديون فان لكل واحد منهما ان ينفرد باستيفاء حقه الذي له ، ولايشترط أن يساعد الآخر إياه ، وهذا لأن في شرط مساعدة الآخر إياه تفويت حقه ، لأنه ليس في وسعه مساعدة صاحبه له فيجوز إلاّ يساعده أبدا ، وتعليق استيفاء حق صاحب الحق على ما ليس في وسعه تحصيله تفويت واسقاط وهو نظير ما قاله اصحابنا في قطع اليد قصاصاً : انه يطلق استيفاؤه من غير أن يشرط عليه عدم السراية ، لأن وقوف القطع ليس في وسعه فلم يجز تعليق

---

(١) المهذب ٣٧٧/١ ، النكت ورقه ١٣٨/ب ، روضة الطالبين : ٤٨٧/٣ .
وهو رواية عن الامام مالك ، انظر : الاشراف للبغدادي ٢٦٩/١.

(٢) إيثار الإنصاف ص ٢٠٩ .

(٣) الاسرار ٩٩/٢/ب مراد ملا ، إيثار الإنصاف ص ٢٠٩ .
وهو الرواية الاخرى عن الامام مالك ، انظر : الاشراف للبغدادي : ٢٦٩/١ .

الإستيفاء به إذ في تعليق الإستيفاء به تفويت الحق واسقاطه فلم يجز كذا هاهنا والأصحاب قالوا : رد جميع ما اشتراه وجميع ما ثبت له الخيار فيه فصح كما لو كان منفرداً بالشراء .

يبينه : انه لو اشترى عبداً على أنه بالخيار في نصفه يجوز له رد نصفه كذا هاهنا بل هذا أولى ، لأن هناك رد جميع ما ثبت له الخيار فيه لكنه لم يرد جميع ما اشتراه ، وهاهنا رد جميع ما اشتراه وجميع ما ثبت له الخيار فيه فلأن يجوز أولى وعندي ان الأول أحسن وأقرب الى تضيق الكلام عليهم .

وأما حجتهم :

قال بعضهم [١] : محتجا في هذه المسألة برد احدهما تفريق الصفقة على البائع قبل التمام فلا يجوز ، كما لو قال لرجلين بعت منكما هذا العبد فقبل أحدهما دون الآخر فانه لايصح لهذا المعنى .

وقالوا : قولنا " قبل التمام " جاري في جميع فصول الخلاف إلاّ في الرد بالعيب بعد القبض فان من مذهبهم ان خيار الشرط وخيار الرؤية يمنع تمام الصفقة قبل القبض وبعده ، وأما خيار العيب يمنع تمام الصفقة قبل القبض ولايمنع تمامهما بعد القبض ، ولهم على هذا تفريعات ، وتعلقهم في هذه الطريقة بالمسألة التي قاسوا عليها .

وأما المعتمد لهم : هو انه وجد ههنا مانع من الرد وهو عيب الشركة ، ولايجوز الرد بالعيب مع عيب لم يكن في ملك البائع والدليل على ان الشركة عيب انه لو اشترى عبداً فاستحق نصفه فله ان يرد الباقي بالعيب ، ولأن الرجوع في

---

(١) الدبوسي في اسراره : ٢/١٠٠/أ (مراد ملا) .

معرفة العيوب الى أهل التجارة والبصارة وهم يعدون الشركة في الأعيان المجتمعة عيباً ، إلاّ ترى ان العبد والجارية يشتري جميعه بالألف ولايشتري نصفه مشاعا بخمسمائة واما الشركة في المكيل والموزون فزعم بعضهم : انها عيب أيضاً ، لأن المكيل والموزون وان كثر فجميعه بمنزلة الشئ الواحد ، كذلك الموزون ، ولهذا لو اشترى صبرة فوجد بطرفها عيباً فله أن يرد جميعها .وقال بعضهم : ان الشركة فيها ليست بعيب ، وعلى هذا زعموا ان اثنين / ٩٩/أ لو اشتريا صبرة فوجدا بها عيباً فلاحدهما أن يرد نصيبه ، والمذهب لهم الأول .

قالوا : واذا عُلم أن الشركة عيب فقد خرج العبد عن ملك البائع جملة بلا شركة لأحد فاذا رد احدهما نصفه فقد رد مع عيب الشركة فلم يعد الى ملك البائع كما خرج عن ملكه ففات شرط الرد واذا فات شرط الرد امتنع الرد .

قالوا : ولايجوز أن يقال : ان هذه الشركة حصلت بفعل البائع فلا يمنع الرد عليه ، لأنه يقال : لا بل حصل بفعل المشتري ولئن حصل بفعل البائع ففعله في اثبات الشركة لو منع الشركة من ان تكون مانعة من الرد لكان بسبب انه صار راضياً بهذا العيب وهذا الرضا وان وجد من البائع ، ولكنه رضي بهذا العيب في ملك المشتري لا في ملك نفسه ورضاه بالعيب في ملك المشتري لايكون رضا بالعيب في ملك نفسه ، كما لو عيب حقيقة بالجناية على المبيع .
وبهذا الطريق اعترضوا على قول مَنْ قال من أصحابنا : ان الشركة مقتضى البيع ولايمنع الرد ، لأن مقتضى البيع هو الشركة في ملك المشتريين لا في ملك البائع والشركة المانعة شركة بين البائع والمشتري .

قالوا : ولايجوز أن يقال ان البائع لما باع منهما مع علمه انهما ربما ينفقان على الرد وربما لايتفقان فقد رضى برد كل واحد منهما عليه .

قـال : هذا ليس بشئ ، لأن الرضـا حـقـيـقـة لم يوجـد فلو ثبت لثـبت بالإستدلال ، وانما يكون ما قلتم دليل الرضا لو لم يتصور موافقة صاحبه اياه في الرد فاذا تصوّر لم يكن بيعه منهما دليلاً على الرضا .

قالوا : ولايجوز أن يقال انكم منعتم من الرد لدفع الضرر عن البائع وقد اضررتم بالمشتريْ بالزامه ما اشتراه مع العيب .

قال : بلى ، ولكن دفع الضرر عن البائع أولى ، لأن الذي يلحق المشتري ضرر ينجبر بالأرش والذي يلحق البائع لاينجبر بشئ فدفع أشد الضررين أولى ، ولأن الضرر الذي يلحق البائع ضرر يلحق من جهة المشتري قصداً ، لأنه يرد عليه النصف قصداً ، والذي يلحق المشتري لايلحق من قبل البائع قصداً بل انما يلحقه بفقدان شرط الرد أو بعدم مساعدة الآخر اياه فكان دفع ضرر ثبت قصداً أولى من دفع ضرر ثبت حكماً .

قالوا : واما الذي قلتم ان في منع الرد تعليق استيفاء الحق بشرط ليس في وسعه ايجاده يبطل بما لو اشتريا وشرطا الخيار على ان لايرد إلاّ معاً وعلى ان الخيار لجواز أن يوافقه صاحبه والرد يمتنع عند عدم الموافقة لفوات شرطه .

الجواب :

أما الأول فقد قال كثير من أصحابنا ان في مسألتنا وجد عقدان .

وزعموا أن العاقد متى تعدد من احد الجانبين يصير العقد بمنزلة العقدين محسوساً ، ولافرق بين أن يقول : بعتُ منكما هذا العبد بألفٍ وبين أن يقول : بعتُ من هذا نصفه بخمسمائة ومن هذا نصفه بخمسمائة ، ومَنْ سلك هذا منع المسألة التي تعلقوا بها ، وقال : اذا باع عبداً من اثنين يجوز لاحدهما أن يقبل وان امتنع صاحبه على أحد قولي الشافعي .

واستخرج هذا المنع من مثل هذه المسألة من مخالعة المرأتين ، وقال : على أحد

قولي الشافعي يجوز لاحدى المرأتين أن تقبل الخلع ، وان لم توافقها الأخرى كذا في مسألتنا في البيع .

وهو طريقة سقيمة لايمكن تمشيتها ، وَمَنْ اعتمد عليها فلضعفه في معرفة المعاني ، وذلك لأن قوله بعت منكما هذا العبد فالعقد في جانبه ، وقوله " بعتُ " وهذه كلمة واحدة من واحد فكيف يتصور عقدان ؟ نعم ، في جانب المشتري بمنزلة عقدين لتعدد الكلام وتعدد العاقد ، وفي جانب المشتري واحد ولأنه لو جاز أن يجعل العقد كعقدين لتعدد المشتري جاز أن يجعل كذلك لتعدد المبيع فينبغي لقائل هذا أن يقول لو باع عبدين من واحد وقيمتهما سواء أن يجعل كعقدين وان يجوز أن يرد احدهما بالعيب ، فأي فرق بين ان يقول بعت هذين العبدين بألفٍ وبين أن يقول " بعت هذا العبد بخمسمائة وهذا بخمسمائة ولئن ارتكب مرتكب هذا في العبدين فيلزمه في العبد الواحد في النصف والنصف ، وكذا في المكيل والموزون لايرتكب أمثال هذا إلاّ مجازف ومنع المسألة المقيس عليها قياساً على الخلع بعبدٍ واحداً ، لأن البيع تبين في منع الخلع ، فإن البيع معاوضة محضة ، والخلع معاوضة مشوبة بالاسقاط وفي المطعومات / يعتبر تحقيق المقابلة ، وتحقيق المقابلة انه اذا أوجب المماثلة في 99/ب الكل يقبل الكل ، ولأنا اذا جوّزنا لأحد المشتريين أن يقبل في النصف أدى إلى الإضرار بالبائع لأن للملاّك في الجملة مقاصد ، فالبائع انما رضى بخروج المبيع عن ملكه جملة ولايجوز أن يبطل عليه تصرفه ومقصوده أصلاً .

والمعتمد من الجواب أن الصفقة وان كانت واحدة ولكن يجوز لاحدهما أن يرد لما بينا أن الخيار ثابت لهما وهو حق مشروع فيمكن من استيفائه على وجهٍ لايؤدي الى تفويت واسقاط ، ولأن مَنْ قال ان تفريق الصفقة لايجوز قبل التمام ويجوز بعد التمام مدعى ليس عليه دليل فاذا جاز بعده جاز قبله ، ولأنه اذا

شـرط الخـيـار فـي نصف العـبـد والمشـتـري واحـد ، لـه أن يرد بالإتفـاق وان فـرق الصفقة .

وأما الجواب عن الطريقة الثانية وزعموا انها المعتمد نقول : مسلم ان الشركة عيب ولكن الشركة التي كانت قد زالت وهي التي كانت بين المشترين والذي وجدت بين البائع والمشتري الآخر انما وجدت بعد الرد فكيف يمنع الرد ؟ فان قالوا : أصل الشركة مستمرة .

يبينه : أن الشركة بين المشترين زالت الى مثلها وهي بين البائع والمشتري فصار كأنها لم تزل .

قلنا : الشركة تكون بين شخصين فاذا اختلف الشخصان اختلف الشركة .

وقولهم : " زالت الشركة الأولى الى مثلها " .

قلنا : نعم ، ولكن الأولى قبل الرد ، والثانية بعده ، فالأولى لاتمنع لزوالها والثانية لاتمنع لعدم وجودها .

فإن قالوا : يمنع الرد حتى لايثبت عيب الشركة ، وهذا لأن الرد معيب للمبيع فالعيب اذا منع فالمعيب يمنع منه .

قلنا : الرد لايعيب المبيع انما الرد يعيد المبيع الى ملك البائع ثم الشركة تثبت باختلاف الملكين ، ولأن العيب عندكم مانعة من الرد والمعلول لايسبق العلة ، وهذا جواب في نهاية الإعتماد .

ونبين بهذا الجواب انه لامانع . ونقول في تمشية الطريقة الأولى ان الشرع لما جعل لكل واحد منهما الخيار ، وفي اثبات الخيار لكل واحد منهما تمكينه من استيفائه ، والعيب مانع من الرد ، دلنا ثبوت الخيار انه لامانع من الرد بالطريق الذي قدمنا .

وأجاب الأصحاب عن قولهم : " انه خرج من ملكه جملة " .

قالوا : الرد انما يلاقي ملك المشتري وملكه متفرق فيعتبر جانبه لاجانب البائع ، كما لو اشترى اثنان شقصاً ثم جاء الشفيع له أن يأخذ نصيب أحد المشتريين لأن اخذه يلاقي ملكه فيعتبر تفرق ملكه لا اجتماع ملك البائع ، كذا ههنا .

وبهذا يقع الإنفصال فيما لو خاطب اثنين ببيع عبد فقبل أحدهما حيث لايجوز ، لأن قبول المشتري في هذه المسألة يلاقي ايجاب البائع ، وايجاب البائع جملة فلم يجز التفريق ، وفي مسألتنا الرد يلاقي ملك المشتري ، لأنه هو الموجود ، والرد لايستدعي إلاّ محل الرد ، ومحل الرد متفرق فلم ينظر الى اجتماعه في ملك البائع وهذه جواب لابأس بها ، والإعتماد على ما سبق . والله تعالى أعلم .

«« مسألة »»

البيع بشرط البرأة من العيوب باطل في أصح الأقوال . [١]

وعندهم : البيع صحيح والشرط صحيح . [٢]

والمسألة مبنية على أن الإبراء عن الحق المجهول هل يصح أم لا ؟

عندنا : لايصح . [٣]

وعندهم : يصح . [٤]

---

(١) مختصر المزني مع الأم : ١٩٨/٢ ، المهذب ٣٨٢/١ ، روضة الطالبين ٣/ ٤٧٠ ، ٧٤١ ،المنهاج مع شرحه : ٥٣/٢ ، وعندهم في المسألة طريقان :

الطريق الأول : أن في المسألة ثلاثة أقوال :

القول الأول : انه يبرأ من كل عيب .

القول الثاني : لايبرأ من شئ من العيوب .

القول الثالث : انه لايبرأ إلاّ من عيب واحد وهو العيب الباطن في الحيوان الذي لايعلم به البائع ... " اهـ المهذب ٣٨١/١ .

الطريق الثاني : ان في مسألة قول واحد : وهو انه يبرأ من عيب باطن في الحيوان لايعلم به ولايبرأ من غيره ٢٨٢/١ وهو رأي المالكية : الاشراف : ٢٧٢/١

(٢) مختصر الطحاوي ص ٨١ ، المبسوط ٩١/١٣ ، البدائع : ٣٠٨٠/٧ ، ٣٣٢٤ ، فتح القدير : ٣٩٦/٦ ، ٣٩٧ ، رؤوس المسائل : ص ٢٩٦ ، مختصر القدوري مع الجوهرة ٢٥٧/١ ، مختلف الرواية ورقه ١٥٨/ب .

(٣) المهذب ٣٨٢/١ .

(٤) بدائع الصنائع : ٣٠٨٠/٧ ، ٣٣٢٥ .

لنـــا :

ان المغلب على الإبراء معنى التمليك ، ويجوز أن يقال ان الإبراء تمليك مطلقاً فلم يصح في المجهول .

ودليل انه تمليك : ان الديون في الذمم منزلة في الشرع منزلة الأعيان في الأيدي بدليل أصل ملكها مثل ثبوت أصل ملك الأعيان ، ولأن الديون في البياعات مثل الأعيان ، لأن البيع تمليك مال بمال .

واذا اشترى عينا ممن في ذمته يصح عُلم انه مال بمال فصار العين مالاً حساً ، والدين مال حكماً .

يبينه : انه لو اشترى صاحب الدين ممن عليه الدين شيئاً بدينه فانه يصح ، وانما يصح بناء على انه مال ، ويدل على انه لايصح تعليقه بالشروط والأخطار مثل التمليكات سواء .

واذا ثبت انه مال ، والسبيل المشروع في الأموال هو التمليك دون الاسقاط بدليل الاعيان والجهالة في التمليكات مبطلة للتمليك ، وقد دللنا على هذا في مسألة بيع الغائب .

واذا ثبت هذا الأصل فنقول في مسألتنا حق الرد بالعيب بناء على ملك الحر الفائت حكما واستحقاقه فاذا تعذر الوصول اليه ثبت / رد الأصل ١٠٠/أ وفسخ العقد ليعود الى رأس ماله الذي كان له فهو بشرط البراءة تبرئة عن حقه في ذلك الجزء وهو مجهول وقد بينا ان الإبراء تمليك فيصير كأنه ملك جزءاً من عين في ذمته بالعقد واستحق تسليمه اليه وقد ملكه ذلك الجزء بالإبراء فبطل لفوات شرط الصحة وهو الإعلام .

وأما حجتهم :

قالوا : الإبراء محض اسقاط فيصح في المجهول كالطلاق والعتاق ، والدليل على انه محض إسقاط صحته بلفظ الإسقاط [١] .

ويدل عليه : انه لايفتقر الى القبول ولو كان تمليكاً لم يصح إلاّ بالقبول كسائر التمليكات ، ولأن التمليك يستدعي شيئاً يملكه والدين في الذمة معدوم حسا لايتصور تمليكه شرعاً ، وانما ثبت لنوع ضرورة فلا تعدو موضع الضرورة ، وفي ثبوته ضرورة ثبتت ولاضرورة في صحة تمليكه فلم يصح ، وكان اسقاط محض ونزل منزلة الطلاق والعتاق فانه اسقاط محض بالإتفاق .

وقد سلك بعضهم طريقة الشبهين قالوا : هو يشبه التمليك من وجه والإسقاط من وجهٍ فلشبهه بالتمليك لم يصح تعليقه بالغرور والخطر ولشبهه بالإسقاط صح في المجهول.

ومعتمدهم ما بينا من قبل انه إسقاط محض .

وقالوا : انما قلنا ان جهالة الساقط لايمنع صحته ، لأن الجهالة في التمليكات غير فادحة لعينها على ما سبق ، لكن انما عملت وقدحت فيه لأنها توقع في منازعة مانعة من التسليم والتسلم ، وهذا المعنى يتحقق في الأعيان التي يملكها ، أما الإسقاط فلا يتصور فيها هذا المعنى ، لأن الساقط يتلاشى في الحال ، وليس بمحل التسليم حتى يكون محل المنازعة فلم تقدح فيه الجهالة أصلاً ، وصار الإبراء بهذا الوجه نظير الطلاق والعتاق ، واذا ثبت هذا الأصل

---

(١) انظر المبسوط : ٩٣/١٣ ، فتح القدير : ٣٩٧/٦ .

فنقول في مسألتنا :

ان الثابت للمشتري حق الرد بالعيب وهو بالشرط مسقط هذا الحق وليس فيه تمليك بوجهٍ ما فلم تقدح الجهالة فيه .

وقد قال بعضهم : انه بشرط البرأة من العيوب قاصد الزام العقد والعقد يعقد على الجواز تارة وعلى اللزوم أخرى بل الأصل هو اللزوم في البياعات فصح الشرط في هذا الموضع وظهر عمله في لزوم العقد والتحق هذا العقد بالعقد الذي لاعيب فيه أصلاً.[1]

وقال بعضهم : ان الرد بالعيب لإلحاق الضرر بالمشتري بغرور البائع اياه فانه اذا باع الشئ واطلقه فقد اطمعه السلامة في المبيع فاذا لم يجده ذلك يرد اليه دفعاً لضرر الغرور عن نفسه ، ولكن وبال الغرور على الغارّ ، وهذا المعنى لايوجد اذا شرط البرأة عن العيوب أجمع فسقط حق الرد .

الجواب :

قد سبق وجه الكلام في المسألة .

قولهم " انه اسقاط محض " .

لايصح بالوجه الذي ذكرنا .

قولهم " انه يصح بلفظ الإسقاط " .

قلنا : هو عندنا كناية عنْ التمليك ، ووجه صحة الكناية فيه انه لما كان تمليكه منه يقتضي سقوط الحق وبرأة ذمته منه ، استقام جعله كناية عنه .

يبينه : ان الهبة تكون كناية عن الإسقاط في الطلاق والعتاق فكـذا الإسقاط

---

(١) انظر : المبسوط : ٩٣/١٣ .

والإبراء يجوز أن يجعل كناية عن الهبة .

وأما قوله : " انه لاتفتقر صحته الى القبول وأنا لانسلمه على أحد الوجهين " وعلى انه يعارض على أصولهم ، ويقال قد قلتم ان الإبراء يرتد بالرد ولوكان إسقاط لم يرتد كالطلاق والعتاق ثم نقول : ان الإبراء تمليك في حق صاحب الدين إسقاط في حق مَنْ عليه ، وهذا وجه جيد من حيث النظر الى المعنى ، لأن الدين مال من الأموال ، وانما ظهر شرعاً كونه مالاً في حق صاحب الدين حتى يعتاض عنه ويبذل المال في مقابلته شرعاً ، فأما مَنْ عليه الدين فليس إلاّ انه يطالب بمال ثم عند اعطائه المال يصير في معنى المملك لعين من أعيان ماله ابتداءً ، فأما بمجرد وجوب الحق عليه فليس يظهر في حقه شئ لم يكن من قبل إلاّ بوجه المطالبة عليه بتمليك عين .

واذا ثبت ان الدين مال في حق صاحب الدين كان أبرأه تمليكاً منه واذا لم يكن مالاً في حق مَنْ عليه الدين كأن الإبراء اسقاطاً في حقه فاستغنى عن قبوله لهذا المعنى .

وأما قوله : " ان الدين ليس بشئ يمكن تمليكه " .

قلنا : لما ثبت انه بمنزلة عين مال في الشرع صح تمليكه ، كما يصح تمليك العين .

يدل عليه : انه إذا اعتاض عنه يكون تمليكاً ، كذا اذا وهبه منه أو أبرآءه عنه تمليكاً، لأنه ما يصح تمليكه اذا كان بعوضٍ يصح تمليكه اذا كان / ١٠٠/ب بغير عوض، ثم اذا ملك سقط عن ذمته ، لأنه لايجوز أن يملك شيئاً من ذمة نفسه .

وأما طريقة الشبهين : طريقة مردودة في كل المسائل التي تستعمل فيها ، وأهون الكلام عليها المعارضة ، ويقال لشبهه بالإسقاط لايفتقر الى القبول

ولشبهه بالتمليك لايصح في المجهول .

وعلى ان ما قلناه في تقسيم الإبراء وتفصيله من الجانبين أحسن من طريقة الشبهين ، لأن تلك الطريقة مدلول عليها من حيث المعنى ، وهذه طريقة مبنية على محض التعلق بالحكم .

وأما الطلاق والعتاق فلا يصح قياس الإبراء عليها ، بدليل انه يصح تعليقهما بالشروط والأخطار بخلاف الإبراء ، وهذا لأن علة ملك الآدميين في نفسه كونه آدميا ، فإن حريته ومالكيته كرامة ، وعلة كرامته آدميته غير أنه عرض عارض من رقٍ أو نكاح فمنع ظهور هذه الكرامة وخفي عملها عليهما فاذا أسقط الرق بالعتق والنكاح بالطلاق ظهر ما كان ثابتاً في الأصل .

وأما الدين في الذمة ليس من هذا القبيل بل هو مال يثبت حقاً للانسان إلاّ ان محله في ذمة الغير فيوفر عليه حكم الأموال وقضيتها .

وان الزموا شرط البرأة عن العيب بباطن الحيوان فقد منع في قولٍ .[١]

وعلى ان جوازه كان لوقوع الحرج في اعلامه ، لأنه لايمكن اعلامه إلاّ بالوقوف عليه وفي الوقوف عليه حرج عظيم .[٢]

وقولهم : " انه قصد بهذا الشرط الزام العقد "

قلنا : بلى ، ولكن طريقة الزامه هو الإبراء عنه بعد اعلامه على ما سبق .

وأما قولهم : " ان ثبوت الرد بالعيب بسبب التغرير " .

ليس كذلك ، والحوالة في فسخ العقد على الغرور شئ بعيد ، فانه ما من تغرير إلاّ ويعارضه اغترار ، فانه يمكن أن يقال مغتر وليس بمغرور ووجه

---

(١)،(٢) مختصر المزني ١٩٨/٢ مع الأم ، الأم للشافعي : ٦٣/٢ .

اغــتـراره طمـعــه في السـلامــة مع جـواز العـيب ، وهذا على أصلهم أبعـد فـإن التصرية عندهم تغرير ومع ذلك لايرد على أصلهم .

وأما عندنا فـباب الغرور غيـر ، وباب العـيب غـيـر ، ووجه الرد بالعـيب ما بينا وهو أحسن الوجوه معنى في بيان الرد بالعيب .

وقـد ذكـر بعـضـهم طريقـاً في هذه المسـألة لأصـحـابنا ، وذكـرتُ طرفـاً منه في البرهان[١] ونـزهتُ هذا الـكـتــاب عـنـه لأنـي رأيتُ في ذلك تـخــبطاً في ظـلـمــة ولايوقف منه على حاصل فـآثرتُ طيّه ، وفهم الفقه والوقوف على المعاني عزيز ، والله تعالى أعلم بالصواب .

---

(١) البرهان : كتاب للمؤلف ذكر انه يحتوي على ألف مسألة خلافية وقد تكلمنا عليه في مقدمة الجزء الأول من هذا الكتاب .

«« مسألة »»

الزيادة في الثمن والمثمن بعد لزوم العقد بالتفرق باطلة عندنا .[(١)]

وقبل التفرق على أحد القولين .[(٢)]

وعندهم : صحيحة على الإطلاق .[(٣)]

لنا :

ان هذه زيادة لم تجد محلاً للثبوت فلا تثبت .

دليله : المبيع والثمن في الأصل اذا لم يجدا محل ثبوتهما ، وانما قلنا انه "لم يجد محل الثبوت "، لأن محل ثبوت المبيع يعرف بأن يقابله ثمن في عقد بيع أو محل ثبوت الثمن يعرف بأن يقابله مبيع في عقد بيع ، وهذا لأن صفة المبيعية والثمنية لايكون إلاّ بعقد البيع وعقد البيع مقابلة مالٍ بمالٍ ولايتصور أن كون المال مبيعاً إلاّ أن يقابله ثمن ولا ثمن إلاّ أن يقابله مبيع ولايوجد في مسألتنا للزيادة هذا، لأن الزيادة اذا كانت مبيعة فلا يقابلها الثمن، لأن الثمن المسمى قد قابل جميع المبيع الذي هو الأصل وملكه البائع فلم يتصور أن يقابله شئ من الزيادة المسماة وان كانت الزيادة ثمناً فلايقابله مبيع، لأن المبيع المسمى قد قابل

---

(١) المهذب : ٣٨٢/١ .

(٢) المهذب : ٣٨٢/١ ، قال الشيرازي في المهذب والمذهب الأول " وهو القول بصحة البيع اذا كانت هذه الزيادة قبل التفرق لأن البيع لم يستقر فجاز أن يتغير الثمن بما يلحق به

(٣) الاسرار : ٨٣/٢/أ (مراد ملا) .

مختصر القدوري مع الجوهرة ٢٧١/١ ، مختلف الرواية ورقه ١٥٨/أ . بدائع الصنائع ٣٢٨١/٧ ، الهداية مع فتح القدير : ٥١٩/٦ .

جميعه الثمن الذي هو الأصل وملكه المشتري فلم يتصور أن يقابله شئ منه الزيادة المسماة فعرفنا ان هذا الإيجاب أخطأ محله واذا أخطأ محله بطل .
يبينه : ان أكل المال بالباطل هو أكله بلا سبب مشروع وقد فاتت المشروعية في مسألتنا في سبب ثبوت المبيع والثمن للزيادة ، فكان أكل المال بالباطل وأما إذا زاد في مجلس العقد ، فإن قلنا : الخيار لايمنع الملك المشترى لم تصح الزيادة ، لأنه يصير الحال بعد التفرق عن المجلس كالحال بعد التفرق ، فان قلنا : انه يمنع ملك المشترى فان نظرنا الى سبق العقد لم تجز الزيادة ، فان نظرنا الى تراخي الملك عنه يجوز لأن الزيادة قابلت ما هو ملك الغير فاستقام أن يجعل مبيعاً أو ثمناً فتكون المسألة على وجهين ، والتخريج عند التسليم على وجه الذي قلنا .

أما حجتهم :

قالوا : الزيادة في الثمن والمبيع تغير العقد من وصف مشروع الى وصف مشروع له ، والبيع في ملك المتعاقدين فلم كان تغييره على هذا الوجه .
/ يبينه : ان التغيير دون الرفع ، فاذا ملكا رفع العقد أصلاً ، فلأن ١٠١/أ يملكا تغييره من وصف الى وصف أولى ، وانما قلنا انه تغيير من وصف الى وصف ، وذلك ان للبيع ثلاثة أصناف : ربح ، وخسران ، وعدل ، يقال : بيع رابح ، وبيع خاسر . وبيع عدل ، فالأول : اذا زاد الثمن على المبيع ، والثاني : اذا زاد المبيع على الثمن ، والثالث : اذا استوى المبيع والثمن ، والكل مشروع، فاذا زاد في المبيع أو الثمن فقد تضمنت هذه الزيادة تغيير العقد من وصف الى وصف من هذا الوجه فيصح على ما ذكرنا .

واذا ثبت التغيير ثبتت الزيادة واستند الثبوت الى أصل العقد ، لأن الزيادة لما

كانت تغيير العقد فهو وان غُيِّر في الحال فلابد وأن يستند التغيير حيث كان التغيير للعقد المعقود من قبل واذا اسند التغيير لابد من استناد ثبوت الزيادة.

قالوا : وقولكم : " انه لم تجد الزيادة ما يقابله " .

قال : فاذا ثبت الإستناد فقد وجد ما يقابله ، وعلى انه قد قابلها اعني الزيادة ثمن أو مبيع تسمية وصورةً ولو لم يقابلها حقيقة فيكتفي بهذا القدر في ثبوتها ، وهذا كما لو باع ما يساوي ألفاً بألفين فان الألف الثانية لم يقابلها مبيع حقيقة .

والدليل عليه : انه يعد هبة وتبرعاً بدليل انه لو انفق في المرض فانه يكون من الثلث ومع ذلك ثبت لأنه وجد في مقابلته مبيع نسمية كذا هاهنا .

يدل عليه : ان الحاجة ربما تمس الى اثبات الزيادة في ا لمبيع أو الثمن ، فانه ربما يكون البائع قد غبن المشتري أو المشترى غبن البائع بنوع تدليس وتلبيس ، وقد ندم على ذلك فيريد أن يزيل الغبن منه بزيادة اما في مبيع أو ثمن ، فاذا وجدنا وجهاً لثبوت هذه الزيادة لم نبطلها ، وقد وجدنا على ما قلنا فأثبتنا.

وقد تعلق كثير من مشايخهم بفصل الحط بسبب العيب حيث يجوز ويستند ، وتعلقوا أيضاً بتسمية المهر بعد العقد في مسألة المفوضة .

وقد قال بعضهم : انه اذا زاد في الثمن أو المبيع يصير كأنهما فَسَخَا العقد الأول وجددا عقداً آخر بهذه الزيادة .

قالوا : ونقدر هذا التقدير لتصح الزيادة .

قالوا : وهذا كما لو باع عبداً من انسان بألف ثم باع منه بألفين فانه يصير كانهما فسخا العقد الأول وجددا عقداً آخر بهذه الزيادة ، وكذلك لو قال لغيره : اعتق عبدك عني على ألفٍ فانه يقدر تقدم البيع وبنيا العتق عليه ليصح ، كذلك هاهنا .

الجواب :

أما الذي ادّعينا صحيح على ما سبق .

والذي قالوا : ان الزيادة تغيير العقد من وصف الى وصف " .

لانسلم ، انه تغيير العقد ، بل هو في الحقيقة زيادة في المبيع أو الثمن فحسب".

والذي قالوا : ان البيع له ثلاثة اصناف : ربح ، وخسران ، وعدل " .

قلنا : هذه صفات المال ، وليست بصفات العقد ، لأن الربح والخسران لايكون صفة العقد بحال انما هو صفة المال ، ولئن وصف به العقد يكون على طريق المجاز لا على طريقة الحقيقة وانما صفة العقد الجواز واللزوم لاغير ، وهذا لأن الخسران نقصان والربح زيادة ، وهذا يوجد في المال دون العقد ، لأنه سواء وجد ربح أو خسران في العقد فالعقد على وجه واحد لايتغير ولايتبدل ، وهذا جواب من طريق المجادلة في غاية القوة والوكادة ويظهر بهذا أن مَنْ نصب هذه الطريقة على هذا الأصل فهو مجازف .

وجواب آخر :

انا وان سلمنا ان هذا تغيير العقد فلا يصح أيضاً ، لأن العقد انعقد بوصف اللزوم فنقول على هذا : اذا باع عبداً بألف فقد لزمت مقابلة العبد بالألف ومقابلة الألف بالعبد ، ولزوم هذه المقابلة بلزوم العقد فما دام المتعاقدان على العقد فالعقد بينهما لازم ، واذا لزم العقد لزمت المقابلة الحاصلة بالعقد وفي الزيادة في الثمن أو المثمن تغيير المقابلة فلايصح ، لأن لزومها بلزوم العقد يمنع تغييرها وتبديلها ، أما رفع أصل العقد فلامانع فيه ، لأن العقد حقهما فلهما أن يرفعاه ولهما أن يستديماه ، فأما تغيير المقابلة فقد وجد مانع منه وهو لزوم

المقابلة بلزوم العقد .

ثم الجواب على التخريج : وهو ان تغيير العقد في ضمن الزيادة ، فإذا لم تجد الزيادة محل ثبوتها لم تثبت ، واذا لم تثبت لم تتضمن تغيير العقد ، وبيانه انه لم تجد محل الثبوت على ما سبق ، وتغيير عن ما قلنا من بعد فيقال اثبات مبيع بلا ثمن أو اثبات ثمن بلا مبيع .

وأما / قولهم " انه وجد المبيع تسمية أو الثمن تسمية " . ١٠١/ب

قلنا : اذا سلمتم انه لم يوجد حقيقة فصورة التسمية لايجوز الإكتفاء بها . ألا ترى انه لايجوز أن يسمى الثمن بازاء خمر ، أو بازاء ميتة أو بازاء حُرّ ، ويكون باطلاً ، لأنه لايمكن تحقيق المبيعية فيه ولا الثمنية فلغت التسمية .

فأما المسألة التي قالوها : وهي انه لو اشترى في مرض موته ما يساوي ألفاً بألفين .

قلنا : عندنا على الألفين ثمن حقيقة فلهذا لو أخذ الشقص شفيع بالشفعة يأخذ بجميع ما سمى بازائه ، وكذا اذا وجد بالمبيع عيباً يسترد جميع الثمن .

فأما الإعتبار من الثلث فليس لأنه ليس بثمن حقيقة ، ولكن اعتبر من الثلث، لأنه وان كان ثمنا ولكن تسميته أدى الى الإضرار بالورثة والمريض ممنوع من الإضرار بالورثة فيما زاد على الثلث سواء كان ضرر بسبب بيع أو سبب تبرع فعندنا كلا الألفين ثمن حقيقة ، لأن الثمن بدل من حيث التسمية ، فأيّ قدر سمى يكون ثمنا حقيقة غير انه لما كان فوق القيمة تضمن الإضرار بالورثة فاعتبر من الثلث لهذا .

وقد قال بعضهم : ان الزيادة مبيع أو ثمن تبعاً فلا يقتضي شيئاً يقابله " .

وهذا كلام باطل ، لأن عندهم بالزيادة تتغير التسمية السابقة ويقابل الزيادة بما يخصه ، وانما ادعينا انه لايقابله شئ لأنه لايمكن المقابلة فان ملكه لايقابل ملكه

وأما قولهم : " ان الزيادة استندت الى أصل العقد " .

إنّما يمكن الإستناد بعد أن يمكن اثباته في الحال ، وهذه الزيادة لايمكن اثباتها في الحال على ماذكرنا ، فكيف يحكم بالاسناد فيها ؟ وأما تعلقهم بالحطّ بسبب العيب .

فعندنا : يستند الحطّ في هذه الصورة الى أصل العقد لوجود سبب عند العقد يوجب الإستناد ، وذلك السبب استحقاق المبيع على وصف السلامة .

وأما في مسألتنا فلم يوجد سبب يوجب الإسناد .

وأما مسألة فرض المهر للمفوضة ، فقد أجبنا عنه في مسألة المفوضة في ربع النكاح.

والجملة ان عندنا ملك البضع يكون بعوض مقترن بالعقد ، ويكون بعوض يتراخى وجوبه عن العقد ، فعلى التحقيق لايقابل المهر بضعاً ملكه بالنكاح ، وانما يقابل بضعاً لم يملكه ، وان ارادوا العوض في الهبة فعندنا هو هبة مبتدأة ، وليس بعوض حقيقة . وأما قولهم في طريقة المشايخ المتقدمين انه يصير المتعاقدان كأنهما فسخا العقد الأول وعقدا عقداً ثانيا بالزيادة .

فهذا تمنى وتشهى ومحض وسوسة وهذيان ، والزيادة تقتضي تقرير المزيد عليه ليصح الزيادة عليه ، فكيف يتضمن ابطالها واسقاطها ؟ ثم ثبوت الزيادة والمزيد عليه اصلا فاذا جعل كذلك فلا زيادة ولا مزيد عليه ولأن عندهم تصح الزيادة بعد ان تلف المبيع في يد المشتري أو تحدث الثمار على الأشجار في يده أيضاً ، وفي هذه الصورة لايمكن تقدير الفسخ ، لأن باب الفسخ ينسد عندهم بحدوث هذه الزيادة .

ولأن الحطّ عندهم بمنزلة الزيادة ، والحطّ يصح لصاحب الحق وحده والفسخ لايتصور ثبوته إلاّ بعد أن يتفق المتعاقدان عليه .

وأما مسألة البيع بألف واعادته بالفين فهي على أصولهم .

وأما عندنا فالبيع الثاني باطل .

ومسألة إلتماس العتق بالألف فهي مسألة شاذة خارجة عن الأصول وعلى ان ملكه سبب العتق عنه ، والشئ يجوز أن يتضمن سببه فأما انفساخ العقد الأول وانعقاد عقد آخر فليس بسبب الزيادة حتى تتضمنه ، وأيضاً فإن في تقدير البيع تحقيق العتق عنه ، وليس في تقدير الفسخ تحقيق الزيادة بل فيه انعقاد العقد على وجهٍ لايكون فيه مزيد عليه ولازيادة فيبطل ما قالوه من هذا الوجه ولم يبق لهم في المسألة شبهة فيه . والله تعالى أعلم .

«« مسألة »»

اذا اختلف المتايعان والسلعة هالكة في يد المشتري تحالفا وفسخ العقد بينهما ورد البائع الثمن وغرم المشتري قيمة المبيع .[١]

وعند ابي حنيفة وأبي يوسف : لايتحالفان ويكون القول قول المشتري .[٢]

لنـــا :

ان البائع منكر دعوى المشتري فيحلف كالمشتري لما كان منكراً دعوى البائع حلف والاستدلال فيهما بقوله عليه السلام (البينة على المدعي واليمين على من أنكر)[٣] .

---

(١) النكت ورقه ١٤١/أ ، المهذب ٣٨٩/١ ، شرح السنة للبغوي : ١٧١/٨ ، معالم السنن : ٧٨١/٣ .

وهو قول محمد بن الحسن ، الاسرار ٢/ ١٢٠/ب (مراد ملا) .

(٢) الاسرار ٢/ ١٢٠/ب (مراد ملا) .

المبسوط : ٣٠/١٣ .

(٣) رواه الدارقطني في سننه : ٢١٨/٤ ، كتاب الاقضية من ثلاث طرق :

عن أبي هريرة ، وعن عمرو بن شعيب عن ابيه عن جده ، وعن عمر بن الخطاب .

وفي اسناده مسلم بن خالد الزنجي تكلم فيه غير واحد من الائمة .

ورواه البيهقي في سننه : ٢٥٢/١٠ عن ابن عباس .

وقال بعد ذلك : " روينا حديث (البينة على المدعى واليمين على من انكر) من أوجه أخر كلها ضعيفة ..) اهـ السنن : ٢٥٣/١٠ .

وقد ورد هذا اللفظ في كتاب عمر الى ابي موسى الاشعري في القضاء .

انظر : السنن : ٢٥٣/١٠ .

==

وأمـا دليـل الوصف وفـيــه وقع التنازع ان كل واحـد من المتـعـاقـدين يدعى عقداً غير العقد الذي يدعيه صاحبه/ لأن البائع يدعى البيع بالفين ١٠٢/أ وصـاحبـه ينكر ذلك ، والمشتـري يدعى الشراء بألف وصـاحبـه ينكره ، وهمـا غـيـران ، لأنه لايتـصـور العـقـد الواحـد بألف وبألفين وانما يكون العـقـد بـواحـد من هذين البدلين على التعيين .

واذا ثبت ان كل واحد منهما يدعي عقداً غير العقد الذي يدعيه صاحبه ثبت ان كل واحـد منهـمـا مـدّعى ومـدّعى عليـه ، وثبت الحلف ، فـاذا ثبت الحلف من الجانبين، كما لو كانت السلعة قائمة .

يدل عليـه : انا اجمعنا على ان كل واحـد منهـمـا لو اقـام البـينة على مـا ادعـاه يسمع وكما لا يد في الاستحلاف من منكر كذا في اقامة البينة من منكر تقام عليه البينة ثم البائع لما تحقق انكاره واعتبر في سماع البينة عليه من المشتري فوجب أن يحقق انكاره ، ويعتبر أيضاً في استحلافه كجانب المشتري مع البائع، والكلام في المسألة في غاية الظهور فلا حاجة الى زيادة واطناب .

وأما حجتهم :

تعلقوا بالخبر الذي روينا ، وزعموا ان المدعى هو البـائع على الخصوص والمنكر هو المشتري على الخصوص فتكون اليمين عليه ولايمين على البائع ، وانما

(=) ورواه ابن عـدي في الكامل : ٢٣١٢/٦ من طريق ابي هريرة وعـمـرو بن شـعـيب عن أبيه عن جده . وقـال بعد ذلك : " هذان الاسنادان يعرفـان بمسلم عن ابن جريج ، وفي المتن زيادة قوله (الا في القسامة) اهـ .

وقد روى البخاري ومسلم قوله (اليمين على المدعى عليه) فـقط .

انظر صحيح البخاري : ٢١٢/٨ ، مع الفتح ، وصحيح مسلم ٣/١٢ مع النووي .

قلنا ذلك ، لأن البائع يدعي على المشتري الفي درهم ثمن العبد والمشتري يقر بألف درهم وينكر الأخرى فكان منكراً حقيقة ، فأما المشتري يدعي على البائع العبد ، والعبد سالم للمشتري باقرار البائع ملكاً ويداً ، لأنهما تصادقا انه ملكه، وانه قد سلمه اليه وهلك عنده وليس للمشتري مقصود من البيع سوى الملك واليد ، والبائع قد أقر بسلامة ذلك كله للمشتري وليس يدعى عليه المشتري شيئاً آخر بعد هذا فلم يكن البائع منكراً للمشتري حقاً بوجهٍ ما فمن أين تتوجه عليه اليمين ؟ .

قالوا : وقولكم " ان كل واحد منهما مدعى عقداً غير العقد الذي يدعيه صاحبه". قال : دعوى عقد آخر لايسمع من المشتري ، لأن العقد لايراد لعينه وانما يراد لحكمه، وحكم العقد الذي يدعيه المشتري ليس إلاّ الملك واليد وقد حصل بالعقد الذي أقر له البائع ، فالعقدان في تحصيل الملك واليد على المبيع لايختلفان ، ولو اختلفا انما يختلفان في حق الثمن ، والثمن حق البائع لاحق المشتري ، فثبت بما قلنا ان المشتري بعقد آخر لايطلب لنفسه مقصوداً فكانت دعواه غير صحيحة { الا ترى أن مَنْ أقر لرجل فقال : له عليّ الف درهم من ثمن الجارية التي عندي ، وقال الرجل : الجارية جاريتك مابعتكها ، ولكن لي عليك الف درهم قرض أو بدل غصب ، فانه يأخذه بالألف ولايلتفت الى السبب في هذه الصورة وان اختلفا فيه ، لأن المقصود ليس يختلف }[1] لأن الجارية تسلم للمقر في الحالتين وعليه ألف درهم ، وكذلك في مسألتنا ليس يختلف حكم المبيع باختلاف العقدين ، والمشتري لا يدعى إلا المبيع فسقط دعواه عقداً آخر .

---

(١) ما بين القوسين نقلا من الاسرار ٢/ ١٢١/أ (مراد ملا)

قالوا : { واما قولكم : ان بينة المشتري مقبولة " .

قال :[١] قبول البينة لايدل على توجه اليمين على الخصم الآخر . الا ترى المودع لوادعي ردّ الوديعة أو الهلاك وأقام البينة تقبل بينته ثم لايحلف المودع بالله ما استرد هذه الوديعة بل كانت اليمين على المودَع بالله قد ردّها عليه ، وكان المعنى ذلك ان الدعوى بصورتها موجودة من المودع فقبلت البينة منه ولما كانت المدعي حقيقة هو المودع والمنكر حقيقة هو المودًع ولم يحلف إلاّ المودّع ، كذلك ههنا قد وجدت صورة الدعوى من المشتري ، ولكن ليس تجب هذه الدعوى حقيقة بل هي في الحقيقة انكار لزيادة الثمن وانما المدعى حقيقة هو البائع والمنكر حقيقة هو المشتري مثل تلك المسألة سواء .

وهذا لأن الشهود لايعرفون باطن الامر وحقيقته ، وانما عليهم نقل ما ظهر الى مجلس القضاء فقبل منهم ذلك القدر مبنياً على ظاهر الأمر وان لم يكن له حقيقة ، وأما الأيمان تبتني على حقيقة الإنكار لا على صورة الإنكار ، لأن اليمين تجب على الخصم الذي هو عالم بحقيقة الحال فتجب اليمين اذا كان منكراً حقيقة والا فلا تجب.

يبينه : ان البينة متى قامت على الظاهر افاد قبولها ، لأنه تثبت ما يدعيه من حيث الظاهر ، واذا ثبت ما يدعيه من حيث الظاهر فينتفى عنه ما انكره من حيث الحقيقة وأما الحلف على الإنكار من حيث الظاهر لايفيد شيئاً ، لأنه ينتفي عنه ظاهر من دعوى صاحبه غير ان صاحبه لايدعي عليه شيئاً حقيقة حتى ينتفي عنه حقيقة ، وانما هو المدعي حقيقة واليمين / ما وضعت ١٠٢/ب

---

(١) المصدر السابق .

للاستحقاق فتثبت لمجرد نفي ظاهر ولا فائدة فيه .

قالوا : ولايلزم على ما قلنا الإختلاف قبل القبض والسلعة هالكة بفعل أجنبي وجنايته ، لأن كل واحد مدعي ومنكر .

أما اذا كانت السلعة قائمة وهي في يد البائع ، فلأن البائع يدعى الف درهم على المشتري وهو ينكر ، والمشتري يدعى على البائع وجوب تسليم السلعة اليه بالف درهم والبائع ينكر وجوب التسليم إلاّ بعد قبض الألفين .

وأما بعد هلاك السلعة وهو اذا قبل المبيع قبل القبض والقابل أجنبي فالقيمة هاهنا قائمة مقام السلعة فيكون البائع أحق بأخذها وحبسها الى أن يستوفي الثمن فكان منكراً وجوب تسليم القيمة فيحلف أيضاً .

[قالوا : وأما اذا كانت السلعة قائمة مقبوضة فالقياس ينفي يمين البائع أصلاً على ما بينا لكن تركنا القياس بالحديث المروي عن النبي ﷺ انه قال (اذا اختلف المتبايعان والسلعة قائمة تحالفا وترّادا) [١]

والحكم الثابت بالنص بخلاف القياس لايتعدّى الى غير موضع النص ولم يرد النص بعد هلاك السلعة فبقى على أصل القياس " .[٢]

---

(١) قال الزيلعي في نصب الراية ١٠٧/٣ ، نقلا عن المنذري في مختصره قوله ".
وقد روي هذا الحديث من طرق عن عبد الله بن مسعود كلها لاتثبت ، وقد وقع في بعضها اذا اختلف البيعان والمبيع قائم بعينه ، وفي لفظ (والسلعة قائمة) وهو لايصح فانها من رواية ابن أبي ليلى وهو ضعيف ، وقيل : انه من قول بعض الرواة والله اعلم بالصواب .
ثم نقل عن ابن الجوزي في التحقيق " احاديث هذا الباب فيها مقال ، فانها مراسيل وضعاف " اهـ .

(٢) الاسرار ٢/ ١٢١/أ (مراد ملا) .

قالوا : وان احتججتم بالحديث المطلق فلا حجة لكم فيه ، لأنه لايتناول إلاّ حال قيام السلعة ، لأنه قال " ترادّا " أو قال " ويترادّان " .

والرد انما يكون بعد قبض سابق ، والقيمة ما كانت مقبوضة من البائع حتى يردها فعلمنا ان الخبر لايتناول إلاّ حال قيام السلعة ، فانه في هذه الحالة يتصور ردها ، الى هذا الموضع انتهت طريقة أبى زيد رحمه الله .[١]

وأما عامة مشايخهم قالوا : الهالك لايكون محل فسخ العقد عنه ، بدليل الرد بالعيب فانه لو اشترى سلعة هلكت ثم اطلع على عيب بها ، فانه لايرد بالعيب ويتعين الرجوع بالأرش وكذا في مسألة الإفلاس اذا كانت السلعةهالكة لايفسخ العقد عندكم

الجواب :

انا قد دللنا على إثبات كون كل واحد منهما مدعياً ومدعى عليه .

والحرف : ان العقد يختلف بإختلاف الثمن ، والبيع بألف غير البيع بألفين .

وقد قالوا : لو ادعى انه اشترى بألف فشهد شاهدان :ـ

احدهما انه اشترى بألف والأخرانه اشترى بألف وخمسمائة أو بخمسمائة لم يقبل وبمثله في الدين المطلق اذا وقعت فيه الدعوى فانه يثبت ما اتفقا عليه ، والكلام من غير الإستشهاد صحيح على ما سبق فلا حاجة بنا الى الإستشهاد .

وقولهم : " ان دعوى المشتري للعقد بألف غير صحيحة " .

قلنا : بل ، هي صحيحة ، لأن التنازع فيما ملك به العبد واستحقه به فهو اذا ادعى ملكه بالألف صحت دعواه ، لأنها دعوى مفيدة في المال ، وكل دعوى كانت مفيدة في المال فهي صحيحة .

---

(١) الاسرار ٢/ ١٢٠/أ ، ب (مراد ملا) .

وبيان الفائدة : انه اذا ثبت ذلك بموافقة صاحبه اياه في ذلك أو باقامة البينة سقطت عنه دعوى الألف الزائدة ، ولأنه عند الاقالة أو الفسخ بوجهٍ آخر لايرجع اليه الا بالألف .

وفصل البينة في نهاية الإشكال عليهم ، لأنه لايتصور قبول البينة الا في دعوى صحيحة .

وأما قولهم " ان المشتري لايدعي إلا ملك المبيع واليد فيه وهما سالمان له " .

قلنا : بلى ، ولكن يدعى سلامتهما له بعقد بألف ، وصاحبه يعترف بسلامتهما بعقد بألفين .

وقولهم " ان السبب لايراد لعينه وانما يراد لحكمه " .

قلنا : نقول أولا : ان الاحكام مبنية على الأسباب فلايعرض عنها .

وعلى ان دعوى السبب اذا افاد اعتبر ، وقد بينا فائدته في مسألتنا .

وأما المسألة التي أوردوها وهي انه اذا قال لك عليّ الف من ثمن هذا العبد الذي في يدي ، وقال الآخر : العبد عندك ولي عليك ألف ، فهذه المسألة على أصولهم ، وعندنا ما لم يوافقه على اعترافه لاتجب له عليه الألف ، أو يوافقه هذا الآخر على مايدعي من ألف القرض أو بدل المتلف ، وعلى ان في تلك المسألة لايمكن اظهار فائدة في ذلك الاختلاف،وهاهنا قد امكن ، والأولى المنع .

وأما عذرهم عن فصل البينة : فهو في نهاية الوهاء ، فانهم قالوا : " البينة تعتمد الظاهر من الأمور " .

قلنا : أولاً يقال لهم : كل ظاهر لاحقيقة له فلايعتبر به لانه يكون مجرد صورة لامعنى تحتها فيكون باطلاً ، ثم نقول في مسألتنا المشتري اذا أقام البينة على الشراء بالألف هل يقضي القاضي به أولاً؟ ولابد أن يقولوا يقضي به فاذا قضى القاضي به هل يكون البيع له حقيقة فلابد ان يقولوا ان له حقيقة فاذا قضى بحقيقة البيع فقد ادعى على خصمه / ماله حقيقة فيكون خصمه ١٠٣/أ منكراً حقيقة .

وأما العذر ، فهو أوهى من هذا ، لأن يمين البائع مفيدة كما أن يمين المشتري مفيدة . الا ترى انه اذا حلف البائع سقطت دعوى المشتري وانتفت عنه خصومته مثل جانب المشتري سواء ، واليمين ما شرعت إلاّ لقطع المنازعات فاذا وجدنا فائدتها حاصلة من قطع منازعة مسموعة فلابد ان تتوجه اليمين ثم ينتقض جميع ما قالوه بما اذا كانت السلعة قائمة .

وأما قولهم : " ان في هذه الصورة ثبت التحالف بالنص ."

قلنا : لا نص لهم في هذه المسألة ، والخبر الذي رووا خبر باطل لا أصل له ، والأصحاب رووا في مقابلته " والسلعة هالكة أو قائمة تحالفا وترادا " وكلاهما لا أصل له .[١]

وانما القدر المروي ما رواه سفيان عن ابن عجلان [٢] عن عون [٣] بن عبد الله ابن عتبة [٤] عن ابن مسعود ان النبي ﷺ قال : (اذا اختلف المتبايعان فالقول قول البائع والمبتاع بالخيار) .[٥]

---

(١) سبق كلام المنذري في المختصر وابن الجوزي على هذا اللفظ في ص

(٢) أي محمد بن عجلان .

(٣) عون بن عبد الله بن عتبة بن مسعود الهذلي ابو عبد الله الكوفي ثقة عابد ، من الرابعة مات سنة ١٢٠هـ ، روى له مسلم وأصحاب السنن . انظر : التقريب ص ٢٦٧

(٤) في المخطوط (عيينة) والتصويب من سنن البيهقي ٥/ ٣٣٢ .

(٥) رواه الترمذي في سننه : ٢/ ٢٥٤ ، مع التحفة ، باب ما جاء اذا اختلف البيعان .
والبيهقي في سننه : ٥/ ٣٣٢ ، باب اختلاف المتابعين .
والبغوي في شرح السنة ٨/ ١٧٠ ، باب اختلاف المتابعين .
وأحمد في المسند : ١/ ٤٦٦ .

ورواه القاسم بن عبد الرحمن عن ابن مسعود أيضاً [١].

وكلا الروايتين مرسل [٢] ، لأن عون بن عبد الله لم يدرك ابن مسعود [٣] ، وكذلك القاسم [٤] بن عبد الرحمن [٥].

وعلى انه دليل عليهم ، لأنه عليه السلام قال : فالقول قول البائع والمبتاع بالخيار وهذا دليل على استحلافه ، لأن من جعل القول قوله في الدعاوي يكون مع اليمين .

ثم يقال لهم : أنتم لم تلزموا موضع النص لانكم اجريتم التحالف اذا قتل العبد المبيع قبل القبض والسلعة ليست بقائمة ، وأجريتم التحالف بين الوارثين مع فقد المتبايعين ، فسقط التعلق بالنص الذي ذكرتموه من هذا الوجه فبقى الإلزام على ماذكرنا.

وقول مشايخهم : ان الهالك لايقبل الفسخ .

قلنا : التحالف ليس بفسخ العقد انما هو لصحة الدعوى من الجانبين ثم إذا تحالفا ولم يكن الأخذ بأحد القولين بأولى من الآخر صار الثمن مجهولاً فبطل العقد من غير فسخ على أحد الوجهين وعلى الوجه الآخر لايبطل بنفسه ، يجوز أن يوافق احدهما صاحبه بعد الحلف فيفسخ القاضي لتعذر القضاء بامضاء البيع ولقطع

---

(١) رواه الدارقطني في سننه ٣/ ٢٠ .

(٢) قاله الترمذي في سننه : ٢/ ٢٥٤ ، ٢٥٥ مع التحفة .

(٣) قاله الترمذي في سننه ٢/ ٢٥٥ مع التحفة ، وذكره البيهقي في السنن : ٥/ ٣٣٢ .
وانظر : النكت للشيرازي ورقه ١٤١/ب .

(٤) القاسم بن عبد الرحمن بن عبد الله بن مسعود المسعودي أبو عبد الرحمن الكوفي ثقة عابد من الرابعة مات سنة ١٢٠هـ أو بعدها ، روى له البخاري وأصحاب السنن ، انظر التقريب ص ٢٧٩ .

(٥) انظر حاشية (٣) .

المنازعة ، لأنه لايتصور قطع المنازعة إلاّ بهدا ، وهذا بعد الهلاك جائز ، فانه بعد هلاك السلعة لم اتفق المتعاقدان على فساد العقد بجهالة الثمن يقبل اتفاقهما كذلك هاهنا بعد هلاك السلعة ظهر ان العقد فاسد لجهالة الثمن .

فان قلتم لم يظهر فقد صار بمنزلته حيث لم يتفقا على ثمن معلوم ولم يعلم ان عقدهما على اي ثمن وقع في الابتداء ، وأما مسألة الرد بالعيب فانما لم يفسخ العقد بعد هلاك السلعة ، لأن الغرض درأ الضرر عن المشتري وذلك بالفسخ تارة وبالرجوع بالأرش أخرى فاصلح الجهتين عند قيام السلعة هو رد المبيع وفسخ العقد وأصلح الجهتين عند هلاك السلعة الرجوع بالأرش ، لأنه أقل للمنازعة .

فأما مسألة هلاك السلعة اذا مات المشتري مفلساً فليس امتناع الفسخ لما قالوه، لكن لأنه لم يجد سلعته بعينها ، وهو السبب في الفسخ عند الفلس على ماسنبين في تلك المسألة وفي مسألتنا فالسبب قد وجد من التحالف .

ويرد على طريقة مشايخهم :

اذا باع عبداً بجارية وهلك احدهما يصح التفاسخ وهو فسخ على الهالك ،

فان قالوا : ان الهالك تبع للقائم " .

فهذا هذيان ، فانا نعلم ان كل واحد منهما معقود عليه ، فكيف يكون احدهما تبعاً للآخر ، ولئن جاز أن يجعل الهالك تبع للقائم ؟ فهلا جعلتم القائم تبعاً للهالك فيمتنع التقابل فيهما جميعاً ، وليس لهم في هذه الطريقة مستروح أصلاً، واعتمادهم على ما سبق . والله تعالى أعلم .

مسألة

البيع الفاسد لايوجب الملك بحال عندنا ، وسواء في ذلك اتصل القبض بالمبيع أو لم يتصل وهو لغو غير منعقد .[١]

وعندهم : يوجب الملك اذا اتصل به القبض[٢] ، وهو منعقد على الفساد .

والمسألة تدور على معرفة ما تدل عليه حقيقة النهي :-

فعندنا : النهي عن العقود الشرعية يوجب فساد المنهي عنه من غير تفصيل.

وعندهم : اذا كان المعنى في غيره لايوجب فساده ، واذا كان لمعنىً في المنهي عنه يوجب فساده ، وزعموا ان النهي عن البيعات التي اختلفنا فيها انما هو بمعنى في غير المنهي عنه .

لنا :

ان الملك حكم مشروع من قبل الله تعالى فلايثبت إلاّ بسبب مشروع والبياعات الفاسدة التي اختلفنا فيها مثل البيع بالخمر ، وبيع / الدرهم ١٠٣/ب بالدرهمين والبيع بشرط فاسد مثل خيار مجهول أو أجل مجهول غير مشروع فلايوجب الملك ، لأن المشروع للعباد بأفعالهم لايثبت الا بأفعال مشروعة، ونعني بالمشروعية " اطلاق الشرع واباحته ، ولاتعرف المشروعية في

---

(١) النكت ورقه ١٤٣/أ ، المهذب : ٣٥٧/١ ، المجموع : ٣٦٤/٩ .

(٢) مختصر الطحاوي ص ٨٥ ، المبسوط : ٢٢/١٣ ، فتح القدير : ٤٠٤/٦ ، رؤوس المسائل ص ٢٨٨.

عقود المعاملات إلاّ بهذا ، وإليه أشار قوله تعالى ﴿ وَأَحَلَّ اللَّهُ الْبَيْعَ ﴾ .[١]

ثم الدليل على ان هذه البياعات غير مشروعة ورود النهي عنها والنهي ضد الإطلاق فلايكون المنهي عنه مطلقاً وإذا لم يكن مطلقاً فلايكون مشروعاً .

يبينه : ان النهي يدل على الفسخ والفسخ محظور والمشروع والمحظور ضدان لايجتمعان .

يدل عليه : ان النهي ضد الأمر فاذا كان الأمر يفيد كون المأمور مشروعاً فالنهي يفيد كون المنهي عنه غير مشروع ، ولأن المشروع له درجات فأدنى درجاته الإباحة فاذا لم يكن مباحاً يكون نازلاً عن أدنى درجاته فنزل الى العدم هذه كلمات مقولة منقولة مشهورة منشورة وهي قوية لابأس بها .

ثم وجه التحقيق في المسألة وهو المعتمد : ان البيع لم يعرف بيعاً إلاّ بورود الشرع به ولو لم يرد الشرع بالبيع لم يعرف البيع ولم يكن مفيداً للملك ، وهذا أمر لايختلف فيه الفقهاء وغيرهم ، لأن المعاملات كلها سمعية بلا خلاف فاذا ثبت هذا فنقول : ان الشرع لم يرد بالبيع إلاّ بعوض مخصوص على جهة مخصوصة بشريطة مخصوصة .

أما قولنا : " بعوض مخصوص " هو أن يكون مالاً متقوماً .

وقولنا : " بشريطة[٢] مخصوصة " فهى جهة الاعلام فلابد أن يكون المبيع والثمن معلومين ، وكذلك المشروط فيه من الأجل والخيار فلابد أن يكون معلوماً وقولنا : بشريطة مخصوصة فهي المماثلة قدراً ويداً وعيناً في أموال

---

(١) سورة البقرة آية (٣٧٥) .

(٢) كذا في المخطوطة ولعله " جهة " .

الربا . فاذا باع عيناً من ثوب أو عبداً بخمرٍ أو خنزير أو باع درهماً بدرهمين أو باع بخيار مجهول أو أجل مجهول فلم يأت بالبيع على ما شرعه الشارع ، فاذا لم يأت بالبيع على ذلك الوجه فلم يأت بالبيع أصلاً والملك بالبيع لايثبت إلاّ ببيع فاذا لم يكن بيع لم يكن ملك . وهذا كالأنكحة الفاسدة فانه لما كان النكاح مشروعاً على شريطة مخصوصة في محل مخصوص فاذا لم يأت بذلك على ما شرع لم يكن اثباته أصلاً كذلك هاهنا.

فان قالوا : ان البيع على الإطلاق هو المشروع ، وهو معاوضة مال بمال من متعاقدين هما من أهل العقد .

واستدلوا على ذلك بقوله تعالى ﴿ وَأَحَلَّ اللَّهُ الْبَيْعَ ﴾ [(١)] وكل ما سمى بيعاً من حيث اللغة يدخل تحت هذا التحليل المذكور .

والجواب يقال لهم أولاً : قد وصل بقوله تعالى ﴿ وَحَرَّمَ الرِّبَا ﴾ [(٢)] وبيع الدرهم بالدرهمين ربا ، وعندكم هذا عقد مشروع مفيد للملك ثم نقول الآية وان كانت مطلقة لكن قد اتصلت به بيان السنة فكان الله تعالى أحل البيع على ما بينته السنة وهو مثل قوله تعالى ﴿ وَالسَّارِقُ وَالسَّارِقَةُ فَاقْطَعُوا أَيْدِيَهُمَا جَزَاءً بِمَا كَسَبَا نَكَالاً مِنْ اللَّهِ ... ﴾ [(٣)] لما اتصل بالكتاب بيان السنة فكأن الله تعالى أمر يقطعهما بالسرقة على ما بينته السنة .

والذي يدل على هذا انا لانعرف ان البياعات التي نهيت عنها كانت صحيحة في

(١ ، ٢) سورة البقرة آية (٢٧٥) .

(٣) سورة المائدة آية (٣٨) .

وقت ما غير منهي عنها ، ولو كان الأمر على مازعموا من الجري على ما يسمى بيعاً وتصحيحه بذلك فيقتضي هذا ان هذه البياعات كلها كانت صحيحة ثم نسخت بالنهي عنها ، وهذا لم يقل به احد من الأئمة .

كما انه لايعرف وجوب القطع بما يسمى سرقة ثم رفع ذلك بتقدير النصاب وشرط الحرز ، بل لم يشرع القطع ابتداء بالكتاب إلاّ على ما اتصل به بيان السنة ، كذلك هاهنا لم يشرع البيع ابتداءً بالكتاب إلاّ على ما اتصل به بيان السنة .

وقد قال الشافعي في قوله تعالى ﴿ وَأَحَلَّ اللَّهُ الْبَيْعَ وَحَرَّمَ الرِّبَا ﴾ [1] انه مجمل لايعرف المراد بظاهره إلاّ ببيان اتصل به . [2]

ويستدل عامة المشايخ بانتفاء الملك قبل القبض .

واستدلوا أيضاً : على انتفائه بعد القبض ، وقالوا : ان المانع من الملك عند العقد فساده ، وذلك موجود بعد القبض فبقى المنع .

واستدلوا أيضاً : بسقوط المسمى ، وقالوا : الملك بالبيع لايكون إلاّ بعوض فاذا لم يثبت الملك بالعوض المسمى وقد ملكه البائع به وتملك المشتري به وتراضيا عليه فلأن لايملك بغيره أولى .

واستدلوا : بوجوب نقض البيع ورد المبيع بزوائده المتصلة والمفصلة ولو ثبت الملك كان يوجب التقرير ، لأن المشروع يقرر إلاّ انه ينقض ولم يجز رد الزيادة ، لأنها فوائد حاصلة حدثت على ملكه وملكها ابتداء من ملكه ، / ١٠٤/أ فكيف يجب رد الزيادة ؟ وهذه فصول إلزامية والتعلق بها قوي جداً ، ولكــــن

---

(١) سورة البقرة آية (٢٧٥) .

(٢) انظر : الأم : ٣/٢ .

الإعتماد على الأول .

وأما حجتهم :

قالوا : بيع منعقد فيفيد الملك .

دليله : الصحيح ، وهذا لأن الإنعقاد أمر شرعي يثبت لحكم شرعي وهو الملك فان البياعات ليست إلاّ لافادة الأملاك ، فاذا تحققت البياعات كانت متحققة لاحكامها. قالوا : ولايجوز أن يقال ان البيع قد ينعقد ولايفيد الملك كالبيع المشروط فيه الخيار، لأن البيع بشرط الخيار مفيد للملك ، الا ترى ان بعد اسقاط الخيار يثبت الملك وثبوته بالعقد السابق إلاّ انه تراخي لمعنى أوجب تراخيه .

وأما عندكم فالبيع الفاسد لايوجب الملك بحال ، ويستحيل أن ينعقد العقد غير موجب للملك بحال ، لأنه ان وجد كذلك فيكون البيع حينئذ معنيا لعينه ، ولايعني لعينه انما يعني لحكمه فلم يتصور بيع بلا حكم " .

ثم استدلوا على الإنعقاد بوجود البيع من أهله في محله ، والبيع من أهله اثبات البيع للملك فاذا صادف محله وصدر ذلك من أهله يثبت قطعاً كذلك هاهنا ، والمعني بالبيع هو الإيجاب والقبول ، ومن الأهلية هو أن العاقد عاقل مميز ، وفي المحلية وجود المال من الجانبين .

قالوا : وأما النهي الوارد من الشرع فهو الدليل على تحقق البيع ، لأن النهي عمالايتصور سفه وعبث فان مالايتصور لاينهي عنه ، فانما يتصور النهي عن متكون فأما عن مالايكون فلا .

ألا ترى لايقال للأعمى لاتبصر ولا للآدمي لا تطر ، فدل ان النهي عن البيع على تحقق البيع .

قالوا : ولايقال انه متصور محسوساً وان لم يتصور مشروعاً ، لأن البيع بيع بالشرع لا بالحسّ ، وكذا الصوم فان النهي عن البيع ينصرف الى بيع حقيقة ، وكذلك النهي عن الصوم ينصرف الى صوم حقيقة والذي هو بيع حقيقة بيع منعقد فالنهي عنه دل على تكونه .

يبينه : ان حقيقة النهي بطلب الكف عن الفعل ، وحقيقة الأمر بطلب الفعل فاذا لم يكف وفعل فماذا حكمه فموقوف على قيام الدليل .

قال أبو زيد في الأصول : [١]

النهي ليس لإعدام الشئ بنفسه في عينه بل هو طلب إعدام الشئ بكف العبد عنه ، كما ان الأمر ليس بايجاد الشئ بنفسه لكنه طلب الإيجاد بفعل العبد اياه، وانما يتصور إعدام الشئ بكف العبد عنه اذا كان يتصور وجوده بفعله ، فأما اذا لم يتصور وجوده بفعله لم ينعدم بكف العبد عنه .

قالوا : ولأن النهي في مسألتنا لمعنى في غير المنهي عنه فلايمنع انعقاد البيع كالبيع وقت النداء والبيع على بيع أخيه ، والخطبة على خطبة اخيه ، ومن غير هذا الباب : الصلاة في الدار المغصوبة والطلاق في حال الحيض .

وانما قلنا ان النهي لمعنى في غير المنهي عنه ، لأن البيع بيع بما قلنا من وجود الأهلية والمحلية على ماسبق ، والنهي ليس لهذا بل لمعنى وراءه .

وأما البيع بشرط خيار مجهول أو أجل مجهول ، والخيار والأجل معينان وراء البيع ألا ترى انه يوجد البيع بلا خيار وبلا أجل .

---

(١) انظر : تقويم الأدلة ورقه ٢٣/ب (فيض الله افندي) رقم ٦٩٠ .

وأما بيع الدرهم بالدرهمين ، فالنهي لتسمية فضلٍ خالٍ عن العوض وهو أمر وراء البيع .

وأما البيع بالخمر والخنزير قالوا : عندنا هما مالان إلاّ انهما ليسا متقومين فالنهي لعدم التقوم وهو أمر وراء العقد ، فتبين ان النهي في هذه الصورة لمعنى في غيره فلم يمنع انعاقده الا انه يفسد البيع في هذه المسائل ، لأنه وان كان النهي لمعنى في غيره إلاّ ان ذلك الغير متصل بالبيع ، لأن النهي عنه وان كان غيره إلاّ انه متصل بالبيع على معنى انه اذا صح يصير حقاً من حقوقه ووصفاً من أوصافه فيسلب وصف الصحة من البيع ، وهذا لأنه فساد في الوصف فيسلب الوصف ولا فساد في الأصل فيثبت الأصل .

وأما البيع وقت النداء انما صح ، لأنه نهى بمعنى في غيره وذلك الغير ليس متصل بالعقد ، لأنه ليس بوصف من اوصافه ولاحق من حقوقه بل هو منفصل عنه فلم يسلب الأصل ولا الوصف .

قالوا : فعلى هذا صار النهي ثلاثة مراتب :

نهي عن الشئ لمعنى في عينه ، مثل : النهي عن البيع بالميتة والدم فانه نهى عنه لفقد المالية في أحد العوضين فيفوت به ركن البيع أو يفوت حدّه ، لأن حدّه: مال بمال أو ركنه المالية ، وكذا بيع الحر والخمر والخنزير ، لأن المالية فائتة في المعقود عليه اذا باع حُراً ، والتقوم فائت في المعقود عليه / إذا ١٠٤/بَ باع خمراً أو خنزيراً ، ومحل العقد هو المعقود عليه ، والمعقود عليه هو المبيع فانما يصلح لمحلية العقد مال عزير متقوما شرعاً ويطلب بالعقود عرفاً .

فأما المهان التي لاقيمة له شرعاً لايصلح محلاً للعقد غير انه لما كان مالاً في الجملة يصح تسميته عوضاً لينعقد به العقد لالينعقد عليه ، وعلى ان ذكر

الثمن عندي غير مشروط لانعقاد العقد فاذا اشترى بالخمر يجعل كأنه ترك ذكر الثمن أصلاً وفي المبيع لابد من ذكره لينعقد عليه العقد فاذا كان محرماً صار ذكره كلا ذكر فامتنع انعقاد العقد . وربما يقولون لكونه غير متقوم لم يصح ايراد العقد عليه لاستحقاق عينه ، ولانه مال صح ذكره لاستحقاق ما يقابله كالمستحق على أصلهم .

- المرتبة الثانية في النهي : نهي عن الشئ لمعنى في غيره ولايتصل به كالنهي عن البيع وقت النداء وأشباهه فيبقى العقد على الصحة كما لو لم يكن فيه نهي ، وعمل النهي في الكراهية .
- المرتبة الثالثة في النهي : نهي عن الشئ لمعنى في غيره إلاّ ان ذلك الغير متصل به على المعنى الذي قدمنا فيكون عمله في افساد العقد لا في منعه أصلاً .

قالوا : وهذه المرتبة الثالثة للنهي أدركناها بلطيف نظرنا ولم تدركوه فأنتم معذرون بالتقصير ونحن مشكورون بالوصول اليه ووجوده ، ولاسواء بين معذور ومشكور .

قالوا : وليس كالنكاح الفاسد بعضهم قال : ينعقد وتملك المنافع بالقبض وهو الوطء وليس بشئ .

وقال أبو زيد في العذر : ان النكاح غير منهي عنه لعدم الشهادة لكنه مشروط بشرط الشهادة والمشروط قبل الشرط معدوم ، وفي مسألتنا البيع منهي عنه على ما سبق .

والأحسن لهم في العذر : انه لايمكن الحكم بعقد النكاح ، لأن الثابت بالعقد الفاسد ملك حرام ، والنكاح بلا حِلّ لايكون نكاحاً ، وفي مسألتنا الثابت ملك

اليمين وهو نوعان حلال وحرام فالملك الحرام كالخمر وملك الصيد للمحرم فاذا صح السبب كان ملكاً حلالاً واذا فسد السبب كان حراماً .

وقالوا : أما انتفاء الملك بنفس العقد كان لضعفه بفساده فاذا قوى بالقبض ثبت الملك به كالهبة لما ضعفت قبل القبض لم يوجد الملك واذا قويت أوجبت ، وعلى ان الملك في البيع يكون بعوض ، وقد قام الدليل على ان العوض هو القيمة وهي تجب في البيع بالقبض فوقف الملك عليه .

قالوا : وأما ضمان القيمة وسقوط المسمى فانما كان كذلك ، لأن الأصل ضمان القيمة فان عقود المعاملات على المعادلة والمعادلة انما تتحقق بين الشيئين بالقيمة إلاّ انه سقط هذا العوض بالمسمى اذا صح فاذا لم يصح يعاد اليه .

وربما يقولون : الأصل ضمان القيمة وانما أمر بالتسمية لقطع المنازعة فاذا لم يسّم على أمر الشرع به يرجع الى الأصل .

ثم قالوا : بفصل الضمان نستدل عليكم فان الضمان ضمان العقد لاضمان القبض ، لأن القبض المأذون فيه لايوجب الضمان واذا وجب ضمان العقد ثبت انعقاد العقد .

قالوا : وأما استحقاق فسخ العقد فلفساده .

وأما استرداد الزوائد فلإنفساخه من الأصل لوجوب رفع الفاسد وحرمة تقريره الا ان في الرد بالعيب ضعف السبب لأنه مجرد فوات جزء ويمكن تلافيه بالأرش فالزيادة منعت الفسخ وصير الى الأرش ، وفي مسألتنا قوى سبب الفسخ لوجوب رفع الفاسد وحرمة تقريره عليه فلم تمنع الزيادة منه فانفسخ من الأصل ، ووجب رد الزوائد كأنها حدثت على ملك البائع .

قالوا : ولأن رد الزوائد لايدل على فقد الملك كالمريض اذا وهب جارية لانسان

وعليه دين ولا مال له غيرها وولدت للموهوب ثم مات تسترد مع الولد وقد ملكها الموهوب له ، وكذلك مَنْ عليه الزكاة اذا عجل شاة من نصاب الغنم وولدت في يد الفقير ثم عرض عارض منع وجوب الزكاة عند الحول تسترد الشاة مع ولدها وقد ملكها الفقير.

الى هذا الموضع انتهت هذه الطريقة وتخريج المسائل ، وقد بقى فصلان يتعلقون بهما وهما في نهاية الاشكال احدهما :

- فصل الكتابة الفاسدة فانها تفيد العتق عند الأداء والعتق في الكتابة مثل الملك في مسألتنا .
- والفصل الثاني : اذا جامع في احرامه يفسد احرامه ويبقى الإحرام على فساده بدليل وجوب المضي فيه وتوجه الأداء ووجوب الكفارة عند ارتكاب المحظور وهو بقاء الإحرام وسنتكلم على الفصلين مما يحل الإشكال به .

الجواب : ١٠٥/أ

أما دعوى انعقاد العقد فباطل ، ومادلوا عليه من وجود الأهلية والمحلية غير كافٍ ، بل لابد مع ذلك من عقده على شرط البيع وهو خلوه عن الأسباب المفسدة وقد سبق بيانه .

والتعلق بالحسبات ليس بشئ ، لأن ما نحن فيه عقد شرعي فيتبع فيه مورد الشرع. وأما قولهم : " النهي عن الشئ يدل على تحقق ذلك الشئ وتكونه " .

قلنا : نعم ، حساً ، فأما شرعاً فلا ، ويمكن ان يقال يتحقق لولا الشرع ، وقد ذكرنا اعتراضهم على هذا ووجه الخروج عنه ان النهي لطلب الإمتناع عن الشئ .

قالوا : ولايمكن طلب الإمتناع في الشئ إلاّ بعد تصور فعل الشئ منه " .

فيقال لهم : انما طلبتم تصحيح النهي عن الشئ معقولاً ومحسوساً لامشروعاً فيتبع الحس فنقول : قد تصور البيع محسوساً فتصور النهي وعقد ثم حينئذ ينظر الى عمل النيه بحسب ما يدل عليه الدليل فقد دل الدليل على ان عمل النهي اعدام المشروعية .

والحرف الوجيز : ان البيع مشروع ومحسوس فمن حيث تحقق النهي معقولاً يعتبر المحسوس ثم كونه مشروعاً يفوت بالنهي فيبقى بيع محسوساً لامشروعاً فلم ينعقد ولم يفد الملك لما بينا ان الحكم المشروع يتبع السبب المشروع هذا جوابه .

والجواب الثاني بالتخريج على ما اعتمدنا عليه : وهو ان النهي عن هذه البياعات إخبار عن نفي المشروعية فيها ، وبيان ان الشرع انما شرع ما وراءها مثل النهي عن بيع الحر ونكاح الأمهات والبنات ، وكذلك قوله عليه السلام (لاتنكح المرأة على عمتها ولا على خالتها ...)[1] الخبر .

فإن قالوا : هي كلها نفي اذاً ، والنفي غير والنهي غير " .

قلنا : بلى ، هي في الشرع نفي المشروعية ، وهذا لانا نتبع الدليل وقد قام

---

(١) رواه البخاري في صحيحه : ٩/ ١٦٠ مع الفتح ، باب لاتنكح المرأة على عمتها .. ومسلم في صحيحه : ٩/ ١٩٠ مع النووي ، باب تحريم الجمع بين المرأة وعمتها .. وأبو داود في سننه : ٥٥٣/٢ مع المعالم ، باب ما يكره ان يجمع بينهن من النساء . وابن ماجة في سننه : ٦٢١/١ ، باب لاتنكح المرأة على عمتها ولا على خالتها . والدارمي في سننه : ١٣٦/٢ .

ومالك في الموطأ ٣٠٢/٣ مع المنتقى ، باب مالايجمع بينه من النساء .

والترمذي في سننه : ٥٥/٥ ، مع العارضة ، باب لاتنكح المرأة على عمتها .

والنسائي في سننه : ٦/ ٨٠ ، ٨١ باب تحريم الجمع بين المرأة وعمتها وخالتها .

الدليل في هذه المواضع انه عبارة عن النفي فعملنا به ، ولا كلام لهم على هذا أصلاً اذا قررنا على ما سبق .

وأما قولهم : " ان البيع نهي عنه لمعنى في غيره "

فهذا الكلام لايرد على هذه الطريقة أصلاً ، ثم نقول :

النهي عن العقود الشرعية يوجب فسادها في أيّ موضعٍ وَرَدَ على أيّ وجهٍ وَرَدَ من غير تفصيلٍ .

ويقال لهم على قولهم " ان النهي وَرَدَ لمعنى في غيره أو لمعنى في عينه " .

لايتصور ورود النهي عن الشئ لمعنى في عينه اذا كان يباح جنسه بحال ، نعم في الظلم والكفر ، ربما يمكن ان يقال بهذا ، وأما العقود التي أباحها الشرع فكيف يتصور أن يقال ان النهي يرد لعينها في موضع ما ، وعينها مشروعة في مواضع كثيرة ؟ فليس هذا بشئ ، بل الصحيح " ان النهي اذا كان متصلاً بالعقد فلابد من فساد المنهي .

فإن قالوا : ان النهي في مسألتنا للشرط فهو المنهي عنه .

قلنا : لا ، بل كلاهما منهي عنه ، لأن النبي ﷺ نهى عن بيع وشرط " وهذا نص عنهما ، ولأن البيع بهذا الشرط منهي عنه ، والشرط في البيع منهي عنه فكلاهما منهي عنه قطعاً .

يبينه : ان النهي عن الشئ يدل على قبحه سواء كان لمعنى في عينه أو في غيره كذا يدل على الفساد .

فإن قالوا : انما يدل على القبح بواسطة دليل وهو ان الحكيم لاينهي إلاّ عن القبيح ، وكذلك الأمر يدل على الحسن بواسطة دليل وهو أن الحكيم لايأمر إلاّ بالحسن واذا كان القبح بواسطة دليل لايأمر إلاّ بحسن ولم يدل الدليل على

الفساد بنفسه .

قلنا : نهى الحكيم دليل القبح في نفسه وأمر الحكيم دليل الحسن في نفسه فيكون دليل الفساد في نفسه ، لأن القبيح والفاسد في الشرع واحد .

أما المسائل اللازمة :

أما مسألة البيع وقت النداء فالنهي عن تأخير الجمعة لا عن البيع بدليل انه لو سعى الى الجمعة وباع وهو يسعى لم يكره ولم يدخل تحت النهي ولو اشتغل بعمل آخر سوى البيع دخل تحت النهي ، وكذلك في الصلاة في الأرض المغصوبة فالنهي هناك عن شغل أرض الغير لا عن الصلاة حتى لو شغل أرضه بغير الصلاة دخل تحت النهي الذي ذكرنا ، في البيع على بيع أخيه ، النهي عن ايذاء الغير حتى لو آذى بسبب آخر كان منهياً عنه .

وكذلك الطلاق في حال الحيض النهي عن الإضرار بالمرأة بتطويل العدة عليها حتى لو طلق قبل الدخول والمرأة حائض لم يكره مع وجود الحيض لعدم الإضرار ولو طول العدة بالطلاق ثم بالمراجعة ثم بالطلاق ثم بالمراجعة كره ولاحيض ، فتبين بانفصال النهي عن هذه الأشياء في هذه المواضع ، وانفصال هذه الأشياء عن النهي ان هذه الأشياء غير منهي / عنها حقيقة فلم يوجب فسادها ١٠٥/ب بخلاف مسألتنا فان الإنفصال غير متصور فاذا لم يتصور الإنفصال ، والنهي ان كان لمعنى شرط الخيار أو الأجل لكن هذا اذا شرط في البيع صار حقاً منه فيكون الشرط والبيع شيئاً واحداً والنهي عن البيع لأجله ، والنهي عن البيع عينه واحد ، ثم الدليل على الفرق بين مسألتنا وهذه المسائل فساد العقد في مسألتنا وعدم الفساد في هذه المواضع والذي قال ان الذي ينهى عنه متصلٍ بالعقد .

قلنا : قد جعلناه دليلاً عليكم ، ثم يقال لهم : هو وان كان متصلاً به على ما قلتم لكن افصلوه عنه لفساده ، أو قولوا يبطل الشرط لفساده ويصح العقد كما قلتم في الشروط الفاسدة المشروطة في النكاح .

وقد قال الخصوم في هذه المسألة : ان البيع في مسألتنا فاسد بوصفه لا بأصله . وربما يقولون مشروع من وجه دون وجه وعنوا ما قلنا ، والجواب ما سبق ، ولايلزم على ما قلنا الايمان على المعاصي ، لأن الايمان عندنا أسباب الكفارات ، والكفارات مؤاخذات ، والمؤاخذات تكون بالمعاصي فيكون وجوب الكفارات بالأيمان التي هي معاصي أولى ، وعلى هذا الظهار يكون سبباً للكفارة بهذه الطريقة ، وأما تعلقنا بفصل النكاح الفاسد فصحيح .

وقولهم " انه ينعقد " .

فباطل ، لأنه لو انعقد مع الفساد لوجب أن يحل بالطلاق ولأن النكاح لو انعقد لكان يفيد الحل ، لأن النكاح يعقد له .

وأما قولهم " ان النكاح مشروط بشرط الشهادة " .

قلنا : والبيع مشروط بشرط خلوه عن الشروط الفاسدة .

فإن قالوا : الخلو عدم والعدم لايكون شرطاً كما لايكون علة " .

قلنا : أليس شرط النكاح عدم العدة ؟ كذا في البيع صح شرط خلوه عن الأجل المجهول .

قولهم " ان اثبات الحل لايمكن " .

قلنا : اثبتوا ولاتبالوا ، فإن قالوا بالسبب الفاسد كيف يثبت الحل ؟

قلنا :كما جاز ثبوت الملك بالسبب الفاسد فليجز ثبوت الحل به وإلاّ فما الفرق ؟

وأما فصل الكتابة الفاسدة فهو في نهاية الإشكال .

وقد قال بعض أصحابنا : ان الفساد في الكتابة بفساد العوض ، والعوض تبع في الكتابة مثل المهر تبع في النكاح وبيان ذلك :

ان العوض تبع في باب الكتابة ان السيد لايعقد الكتابة ليطلب العوض لأنه يمكنه استكساب العبد وتبقية الرق ، ولكن الكتابة عقد معقود لمحض حق العقد وايصاله الى العتق ، وهذا ليس بشئ ، لأنه كيف يكون العوض تبعاً ويترك ذكره : تفسد الكتابة كالبيع بخلاف النكاح ، نعم ، كان يصح هذا الجواب لو قلنا ان الكتابة لاتفسد ، فأما اذا سُلّم لهم فساد الكتابة بفساد العوض حتى لايلزم من قبل السيد العقد ويفسخ متى شاء ويثبت غير هذا من أحكام العقد الفاسد منها :

وجوب القيمة بعد اداء العوض المذكور ، والندب الى رفع هذا واعادته عقده صحيحاً وغير ذلك فلايصح هذا الجواب .

ومن أصحابنا مَنْ قال : انما يعتق لابحكم الكتابة الفاسدة بل بحكم التعليق بالصفة، لأن عقد الكتابة يشتمل على تعليق العتق بالشرط .

وربما يقولون : لابد منه فمن يجيب بهذا يقول : في الكتابة سببان للعتق ، الكتابة والتعليق بالصفة فان امكن اثبات العتق بالكتابة والا أثبتنا بجهة التعليق بالصفة، وهذا أيضاً ضعيف ، لأنهم يقولون عقد الكتابة جهة معلومة للعتق ، لأنه عقد لاستحقاق الرقبة واستحقاق الرقبة بالعتق ، والعتق بالتعليق جهة أخرى غير هذا الجهة ، ولهذا المعنى ثبت في الكتابة من الأحكام مالا يثبت في التعليق بالصفة من فَكّ الحجر في المال واستحقاق الأكساب والاولاد وغير ذلك .

فإن قلتم ان العقد ليس بكتابة أصلا فهو خرق الإجماع ، ولأن العقد أداء قبل

الصحة قبل الفساد ، وان قلتم ان المعقود عقد الكتابة فالحاصل من العتق يكون بها لابجهة أخرى ، ولأنكم ان قلتم ان التصريح بالتعليق بالأداء ليس بشرط فعقد الكتابة هو الذي اشتمل على العتق عند الأداء فاذا فسد العقد فسد ما شمل عليه . وان قلتم هو شرط فمحال ، لأن عقد الكتابة اذا كان معقودة على الرقبة وهو عقد استحقاق الرقبة فمن أين يشترط في الإستحقاق تصريح الإستحقاق عند الأداء ؟، ألا ترى لايشترط في البيع أن يقول على أني أملكه عند البيع واتصرف عند القبض ولأنه يصح فسخ عقد الكتابة فاسداً كان أو صحيحاً ، ولو كان العتق بجهة التعليق لم يصح فسخه وليس في هذا الفصل منع .

فإن قلتم انه مشروط في عقد الكتابة فيبطل بفسخه " .

نقول هو / مشروط في عقد الكتابة فليفسد أيضا بفساده ويلزمون ١٠٦/أ أيضاً سلامة الأكساب والأولاد وهي مسلمة على ظاهر المذهب ، ولأن العتق بجهة الكتابة لايتصور بدون سلامة الأكساب والأولاد وهذا الجواب ضعيف أيضاً عند التأمل .

ومن أصحابنامَنْ اقتصر على مجرد المحاجّة وقال : لاجامع بين الكتابة والبيع ، لأن صحة الكتابة يخالف عقود المعاوضات ، لأنها في الحقيقة معاوضة ماله بماله وعقد السيد مع عبده ، واذا كان هذا حكم الصحيح فما الظن بفسادها ، ولأن الفاسد من عقد الكتابة يفضي الى حصول كمال المقصود حتى يوجب تقرير الملك في الأكساب ويوجب استتباع الأولاد ، ولايكمل المقصود بالبيع الفاسد بحال حتى لايتقرر الملك ويجب الرد قال : والحزم هو الإكتفاء بهذا القدر .

وعندي الإكتفاء بهذا الجدال المحض ليس من الفقه في شئ ومَن اقتنع بأمثال

هذا في المسائل فهو زائغ عن طريقة المحققين راضي عن نفسه بما يجهله .

وغاية ما في الباب ان عقد الكتابة مخالف لسائر العقود .

والقياس ألا يجوز ، لكن اذا جوزنا وقبل وصفي الصحة والفساد يوفر على الصحة مقتضاه وعلى الفاسد مقتضاه كما في السلم والإجارات .

والمعتمد من الجواب :

ان الكتابة عقد عتاقة ، والعتق مبني في الشرع على أنه يجب السعي في تحصيله ويطلب وجوده بالتمسك بأدنى شئ يمكن التمسك به من وجهٍ ما ، ولهذا يكتفي في سببه ومحله بمالايكتفي به في الأملاك .

أما المحل فالدليل عليه : انه ان أعتق جزءاً من عبدٍ وان قلّ يسري الى جميع الأجزاء مع تركه مباشرة العتق إلاّ في هذا القدر .

وأما السبب فان الشرع اكتفى في تحصيله بمجرد القرابة ويعقد من السيد مع عبده في الكتابة وبأداء من ماله اليه في قوله " اذا أديت اليّ ألفاً فأنت حر"واحتمل فيه الغرر والحظر ما لم يحتمله في شئ من المواضع .

واذا عرف هذا الأصل في العتق فنقول : في الكتابة باشر السبب أعني سبب العتق وأخل بشرط فيجعل الشرط المتروك كالمذكور فيما يرجع الى العتق كما يجعل السبب المتروك في بعض المحل كالموجود المفعول وان لم يفعله ، فيجعل ههنا الشرط المتروك من اعلام العوض وغيره كالمذكور والمشروط .

وأما سلامة الأكساب والأولاد وفك الحجر وغيره اتباع في هذا العقد فاذا اعتبر هذا العقد شرعاً فيما هو الأصل ألحق به الأتباع .

والحرف ان الإعراض عن حكم الفساد في الشرع وقع لأجل العتق كما حصل الإعراض عن باقي المحل المعتق بعضه لأجل العتق وتنبني صحة هذا الجواب

بأصلهم فان عندهم البيع الفاسد لايوجب الملك بنفسه واذا أوجب ملكاً يستحق النقض والكتابة توجب العتق على ما أوجبه الصحيح منها ووجب بها عتق مستقر لاينقض ولايرفع وليس هذه المفارقة الا ان هذا عتق وهذا جواب حسن جداً ولايعرف معنى على الأصلين سوى هذا ولابد في قبوله من فصل نظرٍ وتمام عنايةٍ وتأملٍ عن الجهة الحسنى والله المعين بمنه .

وأما فصل الإحرام : فالوطء فيه جناية ، وقد افسد الحج إلاّ ان الحج بقاءه فيه منسوب الى الشرع وهو نوع معاقبة على الجناية وتشديد الأمر على مرتكبها ، وهذا لأن الإحرام وأداء الحج ابتلاء صعب وكلفة عظيمة وعبادة شاقة وفتح باب الخروج عنه مساهلة وسدّ باب الخروج تغليظ وتشديد وهو لائق بالجنايات .

وأما الفساد فقد عمل عمله حتى منع الإجزاء وأوجب استئناف الأداء ، والإجزاء في الحج كالملك ههنا فصار فصل الحج حجة عليهم فان الفاسد لايفيد الإجزاء بحال فالفاسد ههنا وجب أن لاتفيد الملك أيضاً بحال .

فقد طالت المسألة جداً وخرجت عن المشروط في الإيجاز لكنها لما كانت أصلاً في أصول الشرع وقاعدة من قواعده فبلغنا النهاية في التحقيق والكلام على معانيها ، وانما يعرف تعبنا في مثل هذه المسائل وما استخرجنا بلطيف نظرنا مَنْ تبحرّ في معاني الفقه وسبر طرق الأصحاب وعرف مغزى كلامهم ومنتهاه فتنبه له بلطيف صنع الله تعالى معنا في الغوص على هذه الجواهر المكنونة والوقوف على هذه الدرر المختارة وحمداً لله على توفيقه والله أعلم .

مسألة

بيع الفضولي باطل عندنا .[١] / ١٠٦/ب

وعندهم : صحيح[٢]

وصورة المسألة اذا باع مال الغير بغير اذنه فعندنا هو باطل .

وعندهم : منعقد صحيح ويتراخى الملك واللزوم الى اجازة المالك وكذا الخلاف في سائر العقود .

لنا :

ان البيع عقد تمليك فلا يصح إلاّ من المالك ، وهذا مستغن عن الأصل وان احتاج الى أصل فقياساً للعقد الموقوف على العقد النافذ اللازم وانما قلنا عقد تمليك ، لأن البيع ليس له معنى إلاّ ايجاب الملك للمشتري بعوض وايجاب الملك تمليك فدل انه عقد تمليك ، ولأن قوله " بعتك هذا العبد وملكتك هذا العبد " واحد ، وهذا لأن ايجابه لغيره ما ليس له محال وسعي ضائع .

فان قالوا : هو تمليك موقوف وغير المالك إنما لايصح منه التمليك الناجز ، فأما التمليك الموقوف فيصح منه .

والجواب : انه باطل سواء كان موقوفاً أو غير موقوف ، فإن بطلانه جاء من قبل

---

(١) المهذب : ٣٤٩/١ ، المجموع : ٢٥٠/٩ ، التهذيب للبغوي : ورقه ٦٣/ب ، كتاب البيوع .

(٢) مختصر القدوري : ٢٥٣/١ ، تنوير الابصار مع حاشية ابن عابدين : ١٠٦/٥ ، الهداية مع شروحها : ٥١/٧ ، اللباب في الجمع بين السنه والكتاب : ٥٠٦/٢ ، وهو القول القديم للشافعي ، انظر : التهذيب ورقة ٦٣/ب (كتاب البيوع) .

انه تمليك ومن ضرورة التمليك وجود الملك له وهذا كالحسيّات فان من ضرورة النقل الحسي وجود منقول ، كذلك في ضرورة النقل الحكمي وجوده ولا منقول فكيف ينقل موقوفاً أو غير موقوف .

فإن قالوا : انه تمليك من قبل مالكه لا من قبل العاقد .

قلنا : كيف يكون تمليكاً من قبله وهو لم يعقد ولا علم بالعقد وان كان تمليكاً من قبل العاقد عليه فلابد من ولاية له عليه لتملكه من قبله ولا ولاية له فلم يبق لجواز هذا العقد وجهٍ ما .

وقد ذكر نوع آخر من الفقه : وهو ان العقد يعقد لحكمه ولا حكم لهذا العقد فلا عقد ، ونعني " بالحكم " هو الملك .

والحرف ان عندهم قد انعقد هذا العقد وليس يتصور انعقاد عقد يتخلف عنه حكمه، وهذا لأنه انما ينعقد لحكمه فاذا لم يكن حكمه لم ينعقد، والأول أحسن .

وأما حجتهم :

قالوا : تصرف صدر من أهله في محله فينعقد ، كما لو صدر من المالك وانما قلنا صدر من أهله ، لأنه عاقل مميز ، والأهلية بالعقل والتمييز وانما قلنا في محله ، لأن محل العقد هو المال ، ومحل العقد هو المال الذي يقبل النقل من مالكٍ الى مالك .

يبينه : ان العقد انما يحتاج الى فاعل يفعله والى محل ينفعل فيه فثبت يقينا ونظيره الحسيات اذا وجد للشئ فاعل يفعله ، ومحل ينفعل فيه لابد أن يصير مفعولاً كذا ههنا .

قالوا : ولأنه لو امتنع ثبوت العقد لايمتنع لحق المالك فلايجوز أن يمتنع لحقه لأن الذي له هو الملك وحق ملكه ان يصان عليه وليس في انعقاد هذا العقد

ابطال لحق له ولا ترك صيانة لملك له بوجهٍ ما فلم يمتنع انعقاده لحقه .

والحرف انا لانبطل لحقه مالايؤدي الى تضيع حقه .

يدل عليه : ان فيما قلناه عمل بالدليلين لأنا نقول ينعقد العقد لوجود الأهلية والمحلية ، ولأن كلام العاقل البالغ لايلغي ما أمكن ، ونقول لايثبت الملك للمتشري به صيانه لحق المالك عليه فهذا وجه العمل بالدليلين .

وفيما قلتم إلغاء أحد الدليلين وهو دليل الإنعقاد فلايجوز وربما يعبرون عن الكلام الأول فيقولون هو وان تصرف في ملك الغير ولكن لاضرر على ذلك الغير في تصرفه فلاينقض ولايرد ، كَمَنْ نظر الى غلام الغير أو جاريته أو استظل بأشجاره وجدرانه أو تطرق ارضه ولم يكن هناك زرع أو لبس ثوب غيره فانه لايمنع منه وان تصرف في ملك الغير ، لأنه لاضرر عليه في هذه التصرفات فلم يمنع منها لما ذكرنا .

قالوا : وقولكم " عقد تمليك " بلى ، ولكن لايطلب لجواز عقد التمليك إلاّ وجود ترتب الملك على العقد أما في الحال أو ثاني الحال ، وههنا يترتب عليه الملك في ثاني الحال ان لم يترتب في الحال وذلك عند الاجازة فجاز هذا العقد وانعقد لانتظار هذا الحكم وبهذا اعترضوا على قولنا" انه لاحكم لهذا العقد " .

قالوا : لا ، بل حكمه موجود وان تراخي عن العقد وذلك عند الاجازة من المالك فانعقد العقد لجواز وجود حكمه ، وليس من قضية البيع تعقب الحكم اياه بدليل البيع بشرط الخيار للبائع فانه ينعقد العقد وان تراخي الملك وعلى ان حكم هذا العقد وموجبه هو الانعقاد الشرعي ولم يتراخَ عن العقد ثم له موجب آخر وهو الملك ، وذلك عند الاجازة وقد بينا جواز تراخيه .

قالوا : ولايجوز أن يقال ان هذا العقد تخلف عنه محله لأن محل الإنعقاد كلام

المتعـاقدين ولم يتـخلف وانما تخلف / الملك ومحله العين وحين يوجد ١٠٧/أ
الملك فالمحل موجود .

قالوا : وأما اذا اشترى للغير فعندنا العقد منعقد ، وانما يتكلم فيه الا انه ينفذ على العاقد ، لأنه يوجد نفاذاً عليه حتى إذا لم يوجد نفاذاً عليه بان كان العاقد صبياً أو محجوراً عليه يقف على من اشترى له .

وربما يقول : اذا قال اشتريت لفلان يقف عليه أيضاً ، لأنه اذا صرح بذكر فلانٍ لم يجد العقد نفاذاً على نفس العاقد فوقف على إجازة فلان .

وقال بعضهم : في هذه الصورة يلغو ذكر فلان وينفذ على العاقد نفسه لأن المشتري هو العاقد بكل حال على أصولنا .

وقد تعلق مشايخهم بفصل الوصية بمازاد على الثلث وقالوا : قد وقف على إجازة الورثة فليقف ههنا على اجازة المالك .

وتحريرهم معروف .

وزعم بعضهم : انه اذا جاز توقف أحد شقي العقد على انضمام الشق الآخر اليه جاز أن يقف الشقان على الاجازة كالشاهد. لما توقف قوله على وجود شاهد ثانٍ جاز أن يقفا جميعاً على قضاء القاضي .

وقد قال بعضهم : ان العقد يقف على الفسخ فيقف على الاجازة وصورة الوقوف على الفسخ اذا باع بشرط الخيار والتمسك ضعيف ، والأعتماد على الأول .

الجواب :

ان الأهلية والمحلية على الجملة مسلمة لكن وجود الأهلية والمحلية على الجملة انما يوجب جواز التصرف على الجملة ، فأما جواز التصرف من شخص مخصوص في محل مخصوص انما يبنى على معنى يختص بهذا الشخص في

هذا المحل فاذا لم يوجد لم يجز ، ثم يقال لهم : بلى وجد التصرف من أهله في محله ولكن وجد مانع من الجواز وهو عدم الملك للعاقد وهو ليس بمالكٍ ولا ولاية له على المالك ولا نيابة عن المالك وعقد التمليك لايصح إلاّ أن يصدر إلاّ من أحد هؤلاء الثلاث .

فان قالوا : لِمَ وهل وقع النزاع إلاّ فيه ؟

قلنا : لأنه عقد تمليك ومعنى هذا انه ايجاب الملك وايجاب الملك من غير المالك محال .

فان قالوا : انما يستحيل منجزاً فأما موقوفاً يجوز .

قلنا : عقد ايجاب الملك انعقد عندكم واذا انعقد يحقق ايجاب الملك به في الحال وايجاب الملك بلا ملك غير متصور .

فان قالوا : يوجبه في ثاني الحال .

قلنا : ايجاب الملك من غير مالك لايجوز لا في الحال ولا في ثاني الحال ثم نقول عدم المالكية له مستدام فمنع جواز ايجابه الملك يستدام .

وقولهم : " ان فوات الملك لايصلح مانعاً " .

قلنا : يصلح لما قدمنا .

وقولهم : " انه لو امتنع امتنع لحقه وهذا التصرف لايخل بحقه " .

قلنا : يجب النظر أولاً الى السبب والى نفس العقد هل يتصور وجوده من هذا العاقد والى محل العقد هل وجد في محل حكمه أو لا ؟

وقد بينا انه لم يوجد واحد منهما في مسألتنا .

وقولهم : " لاضرر عليه " .

قلنا : التصرف على الغير يمتنع وان لم يتضمن ضرراً عليه كالتبادل

بالمثليات التي لاتتفاوت ، والمسائل التي أوردوها فليس هي بتصرفات على الانسان ، وعلى ان القياس كان يقتضي أن يمتع منها إلاّ ان الشرع جوّز ذلك لدفع الحرج عن الناس ، فان المنع من هذه الأشياء حرج عظيم ، وان منع من أمثال هذا يقضي ذلك أيضاً المنع من النظر الى جدار الغير ووجه الغير ومماسة الغير وامثال هذا في نهاية الضيق وغاية القبح .

والذين قالوا : ان موجب العقد قد يتأخر "

قلنا : لايجوز ان يتأخر بحال على أصلنا ، والأصح من مذهبنا ان الخيار لايمنع ملك المشتري ، وعلى انه انما يتراخي بتأخير من يملك تنجيزه ، فأما مَنْ لايملك تنجيزه كيف يملك تأخيره ؟ .

وقولهم : " ان الإنعقاد قد ينجز " .

قلنا : الإنعقاد ليس بموجب انما الإنعقاد نفس العقد وانما الموجب الملك فحسب .

وأما كلام مشايخهم واهية منحلة القوى .

أما الوصية فعلى احد قولي الشافعي يجوز من الوارث ابتداءً وعلى القول الآخر الوصية بمازاد من الثلث عقد صادف ملكه الا انه تعلق به حق الغير وسقط بالاجازة ، وقد وجد هناك عقد تمليك من المالك .

وههنا في مسألتنا من غير المالك وانما توقف احد شقي العقد على الآخر فليس هناك توقفاً انما يوجد احد شطري العقد ويتم بالشطر الآخر وكذا في الشهادة وجد أحد شطري البينة وتتم بالشطر الآخر ولاتوقف .

وعلى انه ان سلم التوقف فذاك لضرورة ، وهي انه لايتصور ان يتواجبا معاً معاً وان تصور ففي اعتباره عسر ومشقة فيجوز على التعاقب تسهيلاً / ١٠٧/ب

للأمر على الناس .

فأما في مسألتنا فليس في ترك تجويز العقد على مال الغير حرج على أحد.

وقولهم : " ان العقد يتوقف على الفسخ فيتوقف على الاجازة " .

فهذيان ، لأن على الوجه الذي يفسخ يجاز ويلزم ، وعلى الوجه الذي لايتوقف العقد اذا عقد على المالك لايتوقف الفسخ اذا فسخ على العاقد ، وعلى ان ملك الفسخ بعد العقد برضا صاحبه مثل ملك العقد برضا مالكه وصاحب العقد يفسخ الخيار برضا صاحبه فأين الرضا في مسألتنا ؟ .

ولأن الفسخ صادف محله ، لأنه يفسخ عقداً عقده ، وأما في مسألتنا فقد أخطأ العقد محله ، لأنه يوجب ملكاً لغيره ، وليس بحاصل له في نفسه وهو محال والله أعلم .

﴿ مسألة ﴾

الكافر اذا اشترى عبداً مسلماً لم يجز على أحد قولي الشافعي وهو المختار.[١]

وفي القول الثاني : يصح ويجبر على بيعه[٢] وهو قولهم .[٣]

لنا :

انه بالشراء مكتسب مالكية المسلم فلا يصح شرعاً ، كما لو تزوج بمسلمة ، وكما لو استرق حراً يكون استرقاقه باطلاً كذا ههنا ، وانما قلنا انه مكتسب مالكية المسلم ، لأنه لم يكن مالكاً فصار مالكاً بشرائه .

وأما وجه منع هذا بالإسلام فان المالكية سلطنة وقهر عظيم ولا قهر ولا سلطنة فوقها وشرف الإسلام يأبى ثبوت ما هذا سبيله للكفار على المسلمين ، لأن وضع الشرع ان يكون الكفار في قهر المسلمين محسوساً ومحكوماً ، فإثبات المالكية للكافر على المسلم يخالف وضع الشرع فمنعه الشرع .

فان قيل : الذل في الملك والملك ولم يحدث بالشراء بل كان موجوداً من قبل .

قلنا : المالكية قد حدثت للكافر على المسلم وان لم تحدث المملوكية فيمنع من حدوث المالكية .

---

(١) النكت : ورقه ١٤٤/ب ، المهذب : ٣٥٥/١ ،المجموع : ٣٤٨/٩ ، ٣٥٣ ، وعبر عنه النووي بالأصح ، وقال : البيع حرام بلا خلاف وفي صحته قولان مشهوران " اهـ .

(٢) النكت : ورقه ١٤٤/ب ، المهذب : ٣٥٥/١ ، المجموع : ٣٤٨/٩ ، ٣٥٣ .

(٣) الاسرار: ٢/ ٨٨/أ (مراد ملا) المبسوط : ١٣/ ١٣٠ ، رؤوس المسائل :ص ٢٩٠.

يدل عليه : ان الكافر اذا تزوج بمسلمة لايجوز ، والمالكية في النكاح دونها في ملك اليمين بل ملك النكاح في الحقيقة مشترك بين الزوجين .

وأيضاً فان الملك فيه على نوع يجوز وليس تمليك حقيقة فاذا بطل نكاح الكافر في المسلمة دفعاً لذلك القدر من مالكية المسلم وقهرها بالإستفراش الحاصل ، فلأن يمنع في مسألتنا حقيقة المالكية وقهر المسلم بالإبتذال والإمتهان والإستعمال من كل الوجوه أولى .

ونستوضح هذه الطريقة بفصل البقاء فان ملك الكافر لايستبقى على العبد المسلم دفعاً لقهره عنه وسلطانه عليه فاذا قطع البقاء مع سهولة أمره فلأن يمنع الابتداء مع عسر أمره أولى ، ويمكن أن يقال أيضاً بيع نهي عنه لمعنى في المحل فيكون فاسداً كبيع الحر ونعني بقولنا : " لمعنىً في المحل " هو الإسلام ، ودليل وجود النهي ان الكافر لايمكن في شراء العبد المسلم ولو اطلع عليه الامام منعه وعزّره والإعتماد على الأول .

وأما حجتهم :

قالوا : يملك الكافر بيعه فيملك شرائه .

دليله : اذا كان كافراً ، وهذا لأن البيع والشراء تصرف واحد فان البيع تملكه لملكه محله والشراء يملكه لتملك محله فصار بمنزلة تصرف واحد ، فاذا ملك احدهما يملك الآخر .

والفقه ان قالوا : ان الكافر من أهل الشراء والعبد المسلم محله فهذا تصرف من أهله في محله فلو امتنع لامتنع لأجل حكمه إلاّ ملك الكافر العبد المسلم وهذا حكم مشروع ، بدليل انه اذا أسلم العبدُ الكافر بقى على ملكه الى أن يبيع ولو كان غير مشروع لانتفى الملك باسلامه ، لأن غير المشروع لايثبت لا ابتداءً ولا

بقاءً ، ولايجوز أن يقال انما لم يزل ملكه لعصمة ملك الذمي ، لأن المنافي للملك اذا وجد انتفى الملك معصوماً كان أو غير معصوم كالرضاع اذا طرأ على النكاح يبطله ، وعصمة النكاح مثل عصمة ملك اليمين أو فوقه ومع ذلك أبطلها الرضاع ، لأنه منافٍ وفي مسألتنا بقى الملك دل ان اسلام المحل غير منافٍ لملك الكافر واذا لم يكن منافياً بقى مشروعاً فعرفنا ان ملك الكافر العبد المسلم مشروع .

ويدل عليه : انه لو مات هذا الكافر جرى الإرث في العبد المسلم جريانه في العبد الكافر ولم يمنع منه إسلامه ، ولايجوز أن يقال ان هذا الملك يثبت حكماً وبالشراء ثبت قصداً ، وذلك لأن الملك وان ثبت حكماً ولكن لايثبت إلاّ لأهله في محله ، ولولا ان الكافر أهل لملك العبد المسلم والعبد المسلم محل لملك الكافر اياه وإلاّ لم يثبت هذا الملك ، وإن كان ثبوته بطريق الحكم ، وهذا لحقيقة وهو ان ملك العبد بعد شراء الكافر اياه هو الملك / الذي كان ثابتا ١٠٨/أ من قبل ولم يحدث بالشراء في المحل ملك أصلاً وانما تبدلت الاضافة فالى الآن كان الملك مضافاً الى المسلم والآن هو مضاف الى الكافر ، وهذه الاضافة لايأباها الشرع لما بينا من المسألتين .

قالوا : وخرج على هذا النكاح وانه يحدث في المحل ملكاً لم يكن ثابتاً من قبل فشرف الإسلام منع منه ، كما منع الإسترقاق ابتداءً .

وربما يقولون : كان منع النكاح بالنص غير معقول المعنى ، والنص قوله تعالى ﴿ وَلاتُنكِحُوا الْمُشْرِكِينَ حَتَّى يُؤمِنُوا .... ﴾[1] فلم ينظر الى الأهلية والمحلية

---

(١) سورة البقرة آية (٢٢١) .

مع وجود النص ، وأما في مسألتنا لانص يمنع منه وقد بينا وجود الأهلية والمحلية فثبت الملك ولم يمنع منه شئ .

قالوا : وأما وجوب البيع في البقاء مثل النهي عن الشراء في الابتداء والسبب في ذلك ان الملك سبب للإستخدام ، والإستخدام استذلال حساً ، والكافر يمنع من استذلال المسلم .

وربما يقولون : لو أبقينا هكذا ربما يستعمله فيما لايحل غيظاً منه عليه لأجل دينه فيقصد الإنتقام منه ، وكذا في المصحف يقصد الإستهانة به فالشرع أوجب بيعه وقطع ملكه عنه لهذا المعنى ، فأما أصل الملك فلامانع منه ، وقد قام دليل الثبوت على ما سبق فحكم بثبوته .

وحرفهم : انه لادليل في الابتداء على منع الملك فصح الشراء وثبت الملك وقد قام الدليل في البقاء على وجوب القطع فوجب القطع بالبيع .

وربما يقولون : لو كان في نفس الملك ذلاً وجب أن لايجوز للمسلم شراؤه ، ولأنه كما يمنع الكافرين من استذلال المسلم فيمنع المسلم أيضاً من اذلال المسلم ، وفي الخبر " ليس للمؤمن أن يذل نفسه .... "[1] فثبت بهذا أنه ليس في نفس الملك ذل فبقى الذل في الإستخدام فوجب قطع سببه بالبيع .

قالوا : ولايدخل على هذا ان يقال انه يمكن أن يحال بينه وبينه لئلا يستخدمه ، لأن الحيلولة مع وجود ملك المنافع لايجوز فلم يبق الا قطع السبب

---

(١) رواه ابن عدي في الكامل : ٥/ ١٧١ .

قال ابن عدي :فيه عمر بن موسى بن سليمان أبو حفص الحادي الشامي بصري ضعيف يسرق الحديث ويخالف في الاسانيد ... " اهـ .

وذكره ابو نعيم في الحلية : ٨/ ١٠٦ .

برفع الملك بيعاً حتى لو كاتبه يترك على ملكه ، لأن عقد الكتابة مزيل ملك المنفعة ولايبقى معه الا ملك الرقبة ، وأيضاً بالكتابة يؤول أمره الى العتق فيكون خيراً له من بيع يبقيه في الرق .

ثم قالوا : ليس فيما انه لايبقى ملكه ما يدل على انه لايثبت كما نقول في ملك الابن أباه فانه لايبقى للابن عند شرائه اياه ومع ذلك ثبت ابتداءً .

وقد حرروا وقالوا : بيع نهي عنه لمعنى في غيره فلايمنع انعقاده .

دليله : البيع وقت النداء ، والبيع على سوم أخيه .

وانما قلنا : نهى عنه لمعنى في غيره وهو أن البيع سبب لملك الإستخدام والإستخدام معنى غير البيع .

وقيل : انما نهى عنه لأنه يوجب طاعة الكافر على المسلم وهذا حرام فنهى عنه لهذا المعنى وهو معنى غير البيع مثل الأصول التي ذكرناها فلم يوجب فساد البيع .

الجواب

أما قياس الشراء على البيع ، فقياس باطل ، لأن احدهما مأمور به والآخر منهي عنه ، وقياس المأمور به على المنهي عنه في اثبات التسوية بينهما في الجواز قياس فاسد ، ثم هو خارج على ماذكرنا ، وذلك لأن البيع رفع مالكية المسلم والشراء اثبات مالكية المسلم وشرف الإسلام داعى الى رفع المالكية مانع من اثبات المالكية ، ويدخل على فصل البيع فصل النكاح فان طلاق الكافر المسلمة صحيح اذا اسلمت المرأة ثم طلقها زوجها ونكاحها باطل ، وكان المفرق ما ذكرنا قولهم ان احدهما رفع النكاح والآخر اثباته كذلك هاهنا .

وأما قولهم : " ان أهلية البيع ومحلية البيع قد وجدت .

قلنا : قد ذكرنا على هذا وجهاً من الكلام بطريق المجادلة .

يبينه : ان الكافر لايجوز اذا تزوج بمسلمة مع وجود الأهلية والمحلية على مازعموا لكن نظر ورائه الى معنى آخر يتصل بالمحل والعاقد على الخصوص كذا ههنا ينظر وراء الأهلية والمحلية الى معنى يتصل بالعاقد والمحل على الخصوص، وقد ذكرنا ان الكافر ليس بأهل المالكية العبد المسلم ولا العبد المسلم محل لمالكيته .

وقولهم : ان ملك الكافر العبد المسلم مشروع " .

قلنا : من حيث الكسبية فلا ، وهو كالصيد فان ملك المحرم إياه مشروع في الإرث ولكن من حيث الكسبية فلا ، وكذا في نكاح الكافر المسلمة في الجملة مشروع بدليل ان زوجة الكافر اذا اسلمت بقى النكاح عندنا الى انقضاء الأقراء[١] ، وعندكم حتى يعرض الإسلام على الآخر فيأبى ويفرق / ١٠٨/ب بينهما [٢] ، واذا كانا في دار الحرب يبقى النكاح والى انقضاء الاقراء ، ثم كون النكاح مشروعاً في هذه الصورة لايدل على انه مشروع كسباً كذلك ههنا .

ثم نقول اذا اسلم العبد الكافر انما بقى ملك الكافر بعصمة حقه واذا قلنا بزول الملك ابطلنا حقه وعصمة حقه تمنع ابطال حقه .

وقولهم : " ان المنافي اذا وجد ينتفي الملك وان كان معصوماً .

قلنا : لانقول أن الشراء لايصح لأجل المنافاة بل لما بينا من المعنى وذلك لايوجد اذا أسلم العبد في ملك الكافر، لأنه لم يوجد من الكافر كسبه ونظيره :

---

(١) روضة الطالبين : ١٤٢/٧ ، ٢٤٣ ، النكت ورقه : ٢٠٧/ب ، ٢٠٨/أ .

(٢) البحر الرائق : ٢٣٠/٣ .

المحرم اذا اشترى الصيد لايصح ، لأنه اكتساب مالكية ، واذا أحرم وفي ملكه صيد بقي على ملكه ، لأنه لا اكتساب ، كذلك ههنا .
واذا ثبت بقاء العبد على ملكه فاذا مات ورثه وارثه ، لأن ملك الوارث بقاء على ملك المورث حكماً كأنه استديم ملك المورث ولهذا يرد الوارث على بائع موروثه ، ولهذا نحن نقول : ان حول الوارث ينبني على حول المورث فاذا كان الملك بمنزلة المستدام دون المتجدد ولم يمنع منه الإسلام بخلاف ملك المشتري ، والدليل على هذا الفرق فصل الصيد ولا فرق إلاّ هذا .
وقولهم : " ان الملك بعد الشراء هو الملك قبل الشراء " .

قلنا : بلى ، ولكن المالكية متجددة فكما ان استرقاق الكافر المسلم يمنع منه لتجدد المملوكية فشراء الكافر العبد المسلم أيضاً لتجدد المالكية ، وهذا لأن المالكية نهاية في العز والمملوكية نهاية في الذل ، والإسلام كما انه مخيل في نفي مذلة المسلم فالكفر مخيل في نفي اعزاز الكافر فاذا لم يجز اذلال المسلم بتجديد المملوكية للكافر لايجوز اثبات العز للكافر بتجديد المالكية للمسلم ، وهذا في نهاية الإعتماد وعلى غاية الظهور .
وقولهم : " انه لايمنع الإسلام ملك المسلم اياه " .

قلنا : كان ينبغي أن يمنع إلا انه ترك ذلك بالإجماع واحتمل هذا الذل في حق العبد المسلم لكنه أهون من الذل الذي يقع بملك الكافر اياه ، ولايحتمل الأعظم باحتمال الأهون ، وهذا كما انه يجوز نكاح المسلم المسلمة ، لأنه أهون الذلين ، ولم يحتمل نكاح الكافر اياها قياساً عليه ، لأنه أعظم الذلين فلم يحتمل قياساً على الأهون كذلك ههنا .

وأما اعتذارهم عن منع بقاء الملك بفصل الإستخدام .

قلنا : ذل الملك فوق ذل الإستخدام ، وهذا لأن الإستخدام يجري فيه التباذل

بين الأحرار ويكتسب الانسان به صفة السيادة على ما قيل : سيد القوم خادمهم ، والملك نهاية الذل وغاية القهر وبهذا الطريق صلح ضرب الرق عقوبة على الكافر ، فَمَنْ ادعى انه ليس في نفس الملك ذل ، أو قال : في الإستخدام ذل فوق ذل الملك فهو ضعيف العقل قليل البصيرة ، وعلى أنا سلمنا ان الذل في الإستخدام فملك المحل سبب ملك الإستخدام واسباب المعاصي واجب قطعها مأمور به ردها ودفعها .

وأما فصل شراء الأب فحرمة الأبوة انما لم تمنع منه ، لأن الشراء مجازاة عندنا بنص الرسول عليه السلام وهو قوله (لن يجزئ ولد والده إلا ان يجده مملوكاً فيشتريه فيعتقه)[١] .

فجعل الشراء مجازاة للأب ، ومجازاة الأب على حقه كيف يمنع منه ؟ وانما صار مجازاة بالنظر الى ما يؤول اليه .

وعندكم : هو اعتاق فصار الشراء وان كان محسوساً اكتساب مالكية الأب . إلا انه من جهة الشرع مجازاة للأب على حقه فاعتبر الشرع ولم يتصور المنع منه ، فأما هذا فهو اكتساب مالكية المسلم على ما سبق .

---

(١) رواه مسلم في صحيحه : ١٠/١٥٢ مع النووي ، باب فضل عتق الوالد .
والترمذي في سننه : ٣/١١٨ مع التحفة ، باب في جاء في حق الوالدين .
والطحاوي في مشكل الآثار : ٢/١٤١ .
وأبو داود في سننه : ٥/٣٥٠ مع المعالم ، باب في بر الوالدين .
وابن ماجه : ١/١٢٠٧ ، باب برو الوالدين .
وأحمد في مسنده : ٢/٤٤٥ ، ٢٣٠ ، ٢٦٣ ، ٣٧٦ ، ٤٤٥ .
وكلهم يروونه بلفظ : " لايجزئ ...... " .

وبعضهم قال : الشراء وان أوجب الملك لكن احتمل الملك لأجل العتق الذي يؤول اليه ، كما يحتمل الحرج لما يؤدي اليه من العافية .

والأول أحسن ، ولم نعتمد على الصيد ابتداءً ، لأن بيعه لايجوز لكن لا اعتماد على ما ذكرنا في اثناء المسألة .

وهم قالوا : الحرمة عينه بنص الكتاب لم يجز بيعه ، أو لأنه آمن وفي الشراء تعرض له بتخويفه ، والصيد في موضع الزمنا عليهم واقع . والله اعلم بالصواب .

«« مسألة »»

بيع لبن الآدميات جائز عندنا .[١]

وعندهم : لايجوز .[٢]

ومرجع الخلاف الى انه مال أم لا ؟

فعندنا : هو مال .

وعندهم : ليس بمال .

لنـــا :

ان المال ما خلق بذلة لمصالح بني آدم واللبن بذله لأصلح المصالح .

أما بيان المصلحة : فلأن فيه مصلحة الأطفال .

وأما بيان الأصلح : لأنه لايقوم غيره مقامه واذا كان بذلة في / ١٠٩/أ مصلحة الآدمي بل فيه أصلح مصلحة كان مالاً ، واذا كان مالاً يجوز بيعه وهذا لأن البيع نوع رغبة في الشراء إلا انه رغبة ببذل عوض في مقابلته فكل ما صحت الرغبة اليه لقيام مصلحة به صحت الرغبة اليه بعوض وغير عوض ، والمعنى بالصحة صحة الرغبة اليه شرعاً .

يدل عليه : ان الرغبة اليه صحيحة في الإجارات فانه اذا استأجر ظئراً لترضع ولده فانه يجوز ، وهذه رغبة شرعاً الى اللبن بعقد معاوضة ، لأن الرضـــــاع

---

(١) النكت ورقه ١٤٤/أ ، المجموع : ٢٤١/٩ ، الروضة : ٣٥٣/٣ .

(٢) الاسرار ورقه : ٨٩/٢/أ (مراد ملا) .

بدائع الصنائع : ٣٠١١/٦ ، رؤوس المسائل : ص ٢٦٥ .

لايكون إلا باللبن فلما صحت في ضمن عقد الإجارة صحت مفرداً بالشراء كالحبر في الكتابة والصبغ في الثوب .

وأما حجتهم :

قالوا : ليس بمال ، لأنه جزء من الآدمي ، والآدمي لايكون مالاً فأجزاؤه لاتكون مالاً ، وهذا لأن الآدمي خلق لتكون الأشياء له لا يكون هو لشئ غيره إلا في العبودية لله تعالى ، فانهم خلقوا ليكونوا عبيد الله تعالى ، وهذا لأنه محترم مكرم بحرمات الشرع وكراماته ، ومن حرمته وكرامته أن لايكون مالاً هو ولا شئ من اجزائه ، فإن المالية في الشئ مشعرة بالإبتذال والإمتهان والإبتذال والإمتهان ضد الإحترام والإكرام .

والحرف : ان المال بذلة والمبتذل مهان وكرامة المحل وشرفه بكونه آدمياً يمنع هذه الإهانة .

وأما الدليل على الجزئية في اللبن انه عين خلق منها فيكون جزء لها كالولد ، وقد دلت على الجزئية في الولد قوله عليه السلام لفاطمة انها بضعة مني) [(١)] ولأن اللبن له حكم الماء بدليل ثبوت حرمة الرضاع به والماء جزء من الآدمي فكذا اللبن ، والدليل على ان الماء جزء منه انه سلالته ، والسلالة من الشئ جزء يستل منه فثبتت الجزئية بهذا الطريق ، واذا ثبتت الجزئية فانتفت المالية .

---

(١) رواه البخاري في صحيحه : ٣٢٧/٩ مع الفتح .
ومسلم في صحيحه : ٦٠٢/١٦ مع النووي ، باب فضائل فاطمة رضي الله عنها .
وابن ماجه في سننه : ٦٤٣/١ .

قالوا : وأما الإنتفاع جاز للضرورة ، كما يجوز الإنتفاع بالميتات للضرورة والضرورة حياة الأطفال ، فإنه لاحياة لهم إلا بألبان الأمهات ولئن غُذّوا بغير ألبان الأمهات هلكوا في غالب العادات .

قالوا : حتى انه لو وقعت الغُنية حرم الإرضاع ، ولايحل للرجل شربه وليس كالمنافع من الأحرار ، لأنها ليست بأجزاء لهم ولايتصور ثبوت الجزئية في المنافع، لأن الاجزاء من الأعيان أعيان ، ومن الجواهر جواهر انما المنافع مخلوقة في الأشياء تظهر بطريق الإنتفاع بها من غير ان تكون أجزاء بها .

قالوا : وعلى هذا لبن الأمة لايكون مالاً أيضاً لأن الأمة في الأصل ليست مالاً ولاخلقت مالاً ، وانما صارت مالاً بعارض الرق ولا رق في اللبن فبقى غير مال على ما خلق عليه الشخص في الأصل .

قالوا : وأما الإجارة فهي دليل عليكم ، لأن ما يستحق بعقد الإجارة لايجوز بيعه ، دليله : المنافع ، ثم قالوا : لايسلم ان عقد الإجارة يتناول اللبن انما يتناول الحضانة إلا ان الحضانة لاتمكن الا باللبن فكأنه آلة لما وقع عليه عقد الإجارة وهو كالأصابع للخياطة فإنها آلة الخياطة إلا ان عقد الإجارة وقع عليها ، كذلك ههنا ، فلم يجز الإستدلال بعقد الإجارة ، لأنه انما يصح الإستدلال بها ان لو تناول عقد الإجارة اللبن فاذا لم يتناولها بالطريق الذي قلنا بطل التعلق به .

الجواب :

أما قولهم : " ان اللبن جزء من الآدمي فلا يكون مالاً " .

قلنا : يجوز ، ان نازعوا في هذا، فيقال: ليس بجزء ، لأن الجزء من الجملة من حقه انه اذا فصل من الجملة لاتبقى الجملة على ما كانت كالواحد لما كان جزء من العشرة اذا فصل عنها لاتبقى العشرة بل هو شئ مودع في ثديها كالولـــد

مودع في بطنها مثل ثوب في عيبة وحنطة في جراب فلا جرم لايكون الثوب جزء من العيبة ولا الحنطة جزء من الجراب ، وقوله عليه السلام لفاطمة (انها بعضة مني) [١] معناه " انها ابنتي " .

وأما الماء فكذلك ليس بجزء من الانسان انما هو شئ مخلوق في صلبه ليخلق منه الولد وتنزله الشهوة وتحلله ، فأما أن يكون جزءً حقيقة فلا ، كما بينا ، ولئن سلمنا انه جزء نقول : فلم قلتم لايجوز أن يكون مالاً ؟ وليس لهم تعلق الا بالجملة ، لأنهم يقولون جزء من الجملة فصار كالجملة .

قلنا : انما لم تكن الجملة مالاً لمعنى لايوجد في اللبن ، وذلك المعنى هو صفة الحرية والكرامات والحرمات التي تعلقوا بها كلها مبنية على قاعدة الحرّية، فإنه لما خلق حراً لم يكن مالاً ، والحرية هي المضادة للمالية الآدمية ، فإن العبد اذا صار مالاً ذهبت الحرية عنه وبقى كونه آدميا على ما كان فاذا لم يكن مالاً لكونه حراً فكل / محل كان محل الحرية لم تتحقق فيه المالية ، ١٠٩/ب ومالايكون محلاً للحرية تتحقق فيه المالية بعد أن يكون بذلة لمصلحة واللبن ليس بمحل الحرية ولا هو محل الرق ، وقد سلموا هذا على ماذكروا في لبن الأمة واذا لم يكن محل الحرية صح وصفه بالمالية ، وهذا جواب معتمد .

وقولهم : " ان الإنتفاع للضرورة " .

قلنا : الضرورة التي تعتبر في الميتات لايمكن تحقيقها في مسألتنا فأنا أجمعنا على جواز الرضاع باللبن لايقف على خوف الهلاك وانما الموجود حاجة عامة والمعدّ لحاجة عامة أو لمصلحة عامة يجوز وصفه بالمالية .

---

(١) سبق تخريجه .

دليله : سائر الأطعمة ، وهذا لأن اللبن طعام الأطفال وهو كطعام الرجال أو نوع غذاء فهو كسائر الأغذية .

وأما الإستشهاد بفصل الإجارة فلا بأس به ، فإن الإجارة عندنا نوع بيع فكل ما يستحق بالعقد فالعقد متناول إياه ، واللبن مستحق بعقد الإجارة .

وقولهم : " ان العقد انما يتناول الحضانة " .

قلنا : نصور فيما اذا استأجر امرأة لترضع ولده والرضاع لايكون إلا باللبن وان نصّ على الحضانة فهي مشتملة على الرضاع باللبن .

وقولهم : " انه آلة الحضانة كالأصابع للخياطة " .

هذا تشبيه بعيد ، لأن الأصابع غير مستحقة بعقد الخياطة بخلاف اللبن فإنه مستحق بعقد الحضانة . والله أعلم .

مسألة

بيع الكلب باطل عندنا .[١]

وعندهم : يجوز بيع الكلب المتنفع به باصطياد أو حراسة زرع أو ماشية .[٢]

لنا :

حديث أبي[٣] مسعود الأنصاري ان النبي ﷺ نهى عن ثمن الكلب ومهر البغي وحلوان الكاهن "[٤] فهذا خبر صحيح .

---

(١) النكت : ورقه ١٤٤/أ ، المهذب : ٣٤٧/١ ، الروضة : ٣٤٨/٣ ، الحاوي : ٣٧٥/٥.
وهو قول الحنابلة وقول الامام مالك في الموطأ ، المغني : ٣٥٢/٧ .
قال ابن قدامة في المغني : " وبه قال الحسن وربيعة وحماد والأوزاعي والشافعي وداود .... " اهـ ، الموطأ مع المنتقى : ٢٨/٥ .

(٢) الاسرار : ٢/٩٠/أ مراد ملا ، مختصر الطحاوي : ص ٨٤ ، شرح معاني الآثار ٥٧/٤ ، بدائع الصنائع : ٣٠٠٦/٦ ، ٣٠٧٣/٧ ، رؤوس المسائل : ص ٢٩١ .

(٣) في المخطوط (ابن) والتصويب من صحيح البخاري .

(٤) رواه البخاري في صحيحه : ٤٢٦/٤ مع الفتح ، باب ثمن الكلب .
ومسلم في صحيحه : ٢٣١/١٠ ، مع النووي ، باب تحريم ثمن الكلب .
وأبو داود في سننه : ٧٥٣/٣ مع المعالم ، باب في اثمان الكلاب .
والترمذي في سننه : ٦٧/٥ ، ٢٧٦ ، مع العارضة ، باب ما جاء في ثمن الكلب .
والنسائي في سننه : ١٦٧/٧ ، باب النهي عن ثمن الكلب .
وابن ماجة في سننه : ٧٣٠/٢ ، باب النهي عن ثمن الكلب .
والدارمي : ٢٥٥/٢ ، باب في النهي عن ثمن الكلب .
ومالك في الموطأ : ٢٨/٥ مع المنتقى باب ما جاء في ثمن الكلب . ==

وروى قيس [١] بن حبتر [٢] الربعي عن ابن عباس أن النبي ﷺ قال : (ثمن الخمر حرام ومهر البغي حرام وثمن الكلب حرام وان أتاك صاحب الكلب يطلب ثمنه فأملأ يديه تراباً) [٣] .

فإن قيل : قد روى انه عليه الصلاة والسلام نهى عن ثمن الكلب والهرة وقال : الا الكلب المعلم) رواه جابر . [٤]

وفي رواية ابي هريرة (ثلاث كلهن سحت كسب الحجام ومهو البغي وثمن الكلب إلا الكلب الضاري) [٥] [٦]

وفي رواية ثالثة بطريق جابر أيضاً نهى عن ثمن الكلب والسنور الإكلب صيد [٧]

(=) وأحمد في المسند : ٤/١١٨ ـ ١٢٠ .

والطحاوي في شرح معاني الآثار : ٤/٥١ .

(١) قيس بن حبتر الربعي التميمي الكوفي نزيل الجزيرة ، ثقة من الرابعة ، روى له أبوداود تقريب التهذيب : ص ٢٨٣ ، تهذيب التهذيب : ٨/٣٨٩ .

(٢) في المخطوط (حنين) والتصويب من سنن البيهقي .

(٣) رواه البيهقي في سننه : ٦/٦ باب النهي عن ثمن الكلب .

وأحمد في المسند : ١/٢٨٩ ، ٣٥٠ .

(٤) رواه الدارقطني في سننه : ٣/٧٣ ، وقال فيه الحسن بن أبي جعفر ضعيف .

وأشار البيهقي في سننه الى هذا الطريق وقال : ليس بالقوي : ٦/٧ .

(٥) في المخطوط (الصيدي) والتصويب من سنن الدارقطني .

(٦) رواه الدارقطني في سننه : ٣/٧٢ .

(٧) رواه الدارقطني في سننه : ٣/٣٣ .

والطحاوي في شرح معاني الآثار : ٤/٥٨ .

والنسائي في سننه : ٧/١٦٨ ، باب الرخصة في ثمن كلب الصيد ثم قال : ==

قلنا : مدار هذا الإستثناء على الوليد بن عبيد الله بن أبي رباح وهو ضعيف.[(١)]

وما رويناه من المطلق رواية صحيحة فلا يعترض عليها بالرواية الضعيفة ولأن الكلب نجس العين فلايجوز بيعه كالخنزير ، ودليل نجاسة عينه سؤره ، وهذا دليل معتمد ، فان لُعابه متولد من لحمه فلولا نجاسة لحمه لم ينجس سؤره .

وقد تأيد هذا بما روي عن النبي ﷺ انه توضأ بسؤر الهرة فقال : انها ليست بنجسة .... "[(٢)] فدل ان ما ينجس سؤره فلنجاسته في نفسه ، ألا ترى انه عليه السلام علّل لطهارة سؤره بطاهرته .

واذا ثبت انه نجس لم يجز بيعه ، لأن الإجتناب عنه واجب والبيع اقتراب شرعي فلا يجوز في النجس الذي يجب الإجتناب عنه .

أما حجتهم :

تعلقوا بجواز الانتفاع به من الإصطياد والحراسة .

وربما يقولون آلة الصيد كالفهد ، ولأنه لما جاز الإنتفاع به جاز التوصل الى الإنتفاع به ، والشراء توصل الى الإنتفاع .

قالوا : ولايجوز أن يقال جاز لضرورة ، لأن الضرورة لاتوجد بحال فانـــــه

(=) وقال ابوعبد الرحمن ، وحديث حجاج عن حماد بن سلمة ليس هو بصحيح ...) اهـ .

(١) قاله الدارقطني في سننه : ٧٢/٣ .

الوليد بن عبيد الله بن أبي رباح عن عمه عطاء بن أبي رباح ضعفه الدارقطني له عن عمه عن أبي هريرة في جواز ثمن كلب الصيد " اهـ ، لسان الميزان : ٢٢٣/٦ .

(٢) رواه الدارقطني في سننه ٧٠/١ ، باب سؤر الهرة .

ما من منفعة يشار اليها في الكلاب الا ويقوم غيرها مقامها .

وفي الجملة الاستغناء من الكلاب ممكن .

قالوا : وأما نجاسة العين ان سلمنا فالبيع يدور على حل الانتفاع بالشئ لا على الطهارة بدليل السرقين على أصلنا يجوز بيعه وان كان في عينه نجساً واستدلوا بالوصية والارث فانهما جائزان في الكلاب .

الجواب :

قلنا : الإنتفاع به رخصة ، والرخصة ورود اباحته مع بقاء الحاظر وقد ثبت ان النبي ﷺ نهى عن اقتناء الكلب الا كلب صيد أو ماشية .... "[1]

ومعلوم انه عليه السلام انما نهى عن اقتناء الكلب لعين انه كلب ثم استثنى الإقتناء للصيد والماشية وأباح مع بقاء الحاظر وهو كون هذا الحيوان كلباً .

فثبت انه رخصة والرخص تتبع الحاجات والضرورات ولايقاس البيع عليه ، لأن المستثنى عن الأصل المحظور رخصة لايقاس عليه غيره فإن بقاء الحاظر يمنع استعمال القياس وهذا كالسلم لما كان رخصة / لعدم المعقود عليه لم ١١٠/أ يجز قياس غيره عليه ومنع بقاء المانع وهو عدم استعمال القياس فيه كذلك ههنا .

---

(١) رواه البخاري في صحيحه : ٦٠٨/٩ مع الفتح ، باب من اقتنى كلباً ليس بكلب صيد والا ماشية .

ومسلم في صحيحه : ٢٣٧/١٠ ـ ٢٤٠ مع النووي ، باب الأمر بقتل الكلاب .

والترمذي في سننه :٢٨٤/٦ مع العارضة ، باب ما جاء من أمسك كلباً ما ينقص من أجره .

والنسائي في سننه : ١٦٥/٧ ، ١٦٦ ، باب الرخصة في امساك الكلب للماشية وللصيد .

==

فان قالوا : لأيّ حاجة ؟

قلنا : الكلب حيوان صبور على الشدة والتعب والسهر وتتبع الصيد مالايتتبعه غيره ، وهو أيضاً بغاية الوفاء لصاحبه خفيف المؤونة عليه يجتزئ بكسرة خبز وقطعة عظم ، وهذا لايوجد في حيوان ما يألف الانسان غيره فان كل حيوان يقوم مقامه في المنفعة المطلوبة منه بعظم مؤونته وثقل تحصيل المطلوب منه ولايفعل فعله في تحمل التعب والصبر على العمل وشدة الوفاء لصاحبه فبهذا الطريق عظمت الحاجة اليه فتعلق به رخصة شرعية في الانتفاع به فلم يصح قياس شئ آخر عليه .

وأما الإرث والوصية فهما جاريان عندنا في اليد لا في الملك ، والله أعلم.

(=) والدارمي في سننه : ٢/ ٩٠ ، باب في اقتناء كلب الصيد أو الماشية .
والامام مالك في الموطأ : ٧/ ٢٨٩ ، مع المنتقى ، باب ما جاء في أمر الكلاب .
والامام أحمد في المسند : ٢/ ٤ ، ٨ ، ٣٧ ، ٤٧ ، ٦٠ ، ١٠١ ، ١١٣ ، ١٥٦ .

﴾ مسألة ﴿

تصرفات الصبي عندنا باطلة وان اذن له الولي فيها .[1]

وعندهم : صحيحة .[2]

والمسألة دائرة على الأهلية فعندنا ليس بأهل التصرفات .[3]

وعندهم : أهل للتصرفات .

لنا :

ان عقل الصبي ناقص فنقول تصرف كامل فلايستفاد إلاّ بعقل كامل قياساً لأصل التصرف على التصرفات النافذه المفيده لحكمها ، ولا اشكال في نقصان عقله ، ولهذا لايخاطب بالشرعيات ، ولايصح طلاقه ، ولايلزم تصرفه في ماله مع صدره من مالك في محل هو ملكه .

وأما قولنا : " ان التصرف كامل " فلأنه كامل في جنسه من المعاملات ، فإنه لاتصرف في المعاملات أكمل من المعاوضات .

ولهذا ثبت له وصف الكمال من اللزوم ولا تصرف فوق المعاوضات ولا وصف لها فوق اللزوم ، وانما قلنا انه لاتثبت له أهلية التصرف إلاّ بعقل كامل وذلك لأن

---

(١) المهذب : ٣٤٢/١ ، النكت ورقه ١٤٥/ب ، الروضة : ٣٤٢/٣ ، المجموع : ١٤٢/٩ ، ١٤٥ .

(٢) الاسرار : ١٥٧/٢/ب مراد ملا .

مختصر القدوري : ٤٧٦/١ ، المبسوط : ٢٠/٢٥ ، ٢١ ، الهداية مع فتح القدير : ٣١٠/٩ ، رؤوس المسائل ص ٢٩٣ .

(٣) قواطع الأدلة للمؤلف ورقه : ٣٠٢/أ .

الشـرع ناظر والصبا[١] داع الى النظر ومن النظر للصـبي ان يسلب أهليـة هذه التـصرفات عنه ، وانما قلنا ذلك لأن هذه تصرفات دائرة بين الضر والنفع والربح والخسران فلابد من عقل كامل ليهتدي به الى موضع النفع فيميزه من موضع الضر ويقصده بعقله وتمييزه ، فأما بعقله الناقص فلا يهتدي اليه بل يشتبه عليه النافع والضار والرابح والخاسر لاشتمال اسم البيع على الكل .

فكان من النظر له أن يسلب الأهلية في هذه التصرفات لدفع ضرر موهوم غالب حالة الوقوع فيه ، وكما ان في دفع الضرر المتحقق نظر فكذلك دفع الضرر الموهوم نظر ، وهذا كالشرعيات لما كانت دائرة بين النفع بالفعل والضر بالترك فان الشرع علق الثواب بفعلها والعقاب بتركها فلم يكن بد من عقل كامل ليعرف موضع الثواب من العقاب فيختار فعل ما يوجب الثواب على ترك ما يوجب العقاب فاذا كان ناقص العقل بالصبا كان النظر له في سلب الأهلية الخطاب فسُلب كذلك ههنا ، ومما يقرب الشبه بينهما ان الشرعيات الزامات ، وهذه التصرفات التزامات فاذا كان النظر في دفع الإلزامات عن الصبي كان النظر أيضاً في منع الإلتزامات منه .

وقد قال الأصحاب : ان ملكه اذا كان لايفيد له التصرف فبأذن الولي أولى ، لأن الإطلاق بسبب الملك فوق الإطلاق بسبب الأذن .

وتعلقوا بالطلاق واعتمدوا الفقه على هذه الطريقة : ان الحاجر قائم وهو الصغر، لأن الملك اذا كان لايطلق التصرف مع الأهلية على اصلكم عرفنا قطعاً ان الحاجر هو الصغر وهو باقٍ بعد الاذن فبقى الحجر عليه .

---

(١) في المخطوط كذا (الصبي) ، والتصويب من المحقق .

والمعتمد ما سبق ، ولايلزم على ما قلنا العبد حيث يصح اذنه في التجارة لأنه متصرف للسيد عندنا على ما سنبين من بعد فهو كالوكيل مع الموكل يصح اذنه له كما يصح توكيل الحر وهو في نفسه نوع استكساب واستغلال وانتفاع ، وعلى ان الحجر ليس هو بسبب الرق في العبد انما الحجر حق المولى فاذا اسقط سقط نظير مسألتنا الحجر عن ملكه في نفسه لما كان بسبب نفس الرق لم يرتفع بحال .

وأما حجتهم :

استدلوا في اثبات اهلية التصرف بالعقل والتمييز ، وقالوا : عاقل فكان أهلاً للتصرف ، دليله : البالغ ، وبدليل انه عاقل ان الكلام في صبي عاقل يعقل التصرفات ، فأما في مَنْ لايعقل من الصبيان فليس من أهل التصرفات ، والدليل على ان العقل يسبب الأهلية ان الآدمي امتاز من بين الحيوانات بعقله وتمييزه . / ١١٠/ب

ويقال المرء بأصغريه أيّ بقلبه ولسانه فكان أهل التصرفات بعقله وهذا لأن أهل الشئ مَنْ يقدر على تحصيل ذلك الشئ كأهل القتل مَنْ يقدر على تحصيل القتل، وكذلك المشي وسائر الأفعال .

وهذا الصبي قد عقل البيع وميّزه عن غيره وعرف حكمه المطلوب منه وَقَصَدَه وَفَعَلَه عن بصيرة وتمييز صحيح وهو صحيح يصح منه كما يصح سائر الأفعال .

يبينه : ان الشئ بصورته ومعناه ، وقد تحقق من الصبي صورة البيع بلسانه وقصد معناه بعقله وتمييزه فوجب أن نحكم بصحته .

ثم الدليل على اعتبار عقله صحة النوافل في الصلاة والصيام والإحرام ، وكذلك يصح منه اختيار أحد الأبوين اذا خيّر ويصح منه وصيته وقبوله الهبة وانما

صحت هذه الأشياء باعتبار عقله ولولا ذلك لم تصح فثبت انه أهل التصرف إلاّ انه احتاج الى اذن الولي نظراً للصبي ، لأنه ناقص العقل فلابد من اتصال رأي الولي بتصرفاته حتى ينجبر ذلك النقص ، وذلك بالاذن ، واتصاله بكل تصرف فيه حرج ومشقة فاعتبر اتصاله بأصل التصرفات وهو أن يأذن الولي فيها ثم اذا اتصل رائه بتصرفاته يأذن له فيها صار الأذن بمنزلة مالك متصرف في ملكه بولايته ومالكيته ولانقول انه نائب عنه ، ولهذا يجوز له أن يتصرف بالغبن بخلاف الأب والقيم ، وكذلك يصح اقراره بالمال وان لم يصح اقرار الأب عليه ، وأيضاً فان اقرار الأب عليه شهادة وشهادة الوالد لاتقبل .

قالوا : وليس فيما انه لايتصرف بمالكيته ما يدل على انه لايتصرف باذن الغير كالعبد في النكاح والمحجور عليه بالسفه لايتصرف بمالكيته واذا أذن له الولي جاز .

وان منعتم في البيع تصوّر في النكاح اذا سمى له القاضي امرأة وعيّن له مهرها فانه يجوز نكاحه بالإجماع له ، وكذا المرأة لاتملك الطلاق بمالكية النكاح واذا قال لها الزوج : طلقي نفسك فانه يجوز .

قالوا : وأما تعلقكم بفصل النظر " .

فهو دليل عليكم ، لأن اثبات الأهلية له نظر وفيه اعتبار أصل عقله وفي سلب[1] الأهلية عنه الغاء أصل عقله والحاقه بمن لاعقل له ولهذا أبقينا عليه ولاية الولي نظراً له حتى انه ان اضر بنفسه في تصرفه حُجِرَ عليه ، وأيضاً فانه يتصرف بنفسه ويُتَصَرف له أيضاً حتى يصل إليه النفع من الجهتين .

يبينه : ان في جواز تصرفه تقع الهداية فانه اذا تصرف في صغره يبلغ مهتدياً الى

---

(١) في المخطوط (سب) والتصويب من المحقق .

التـصـرفـات واذا لم يأذن يبلغ غـبـيـاً غـيـر مـهـتـدي الى شئ فـلا يحصل لـه نفع الهداية وهو كـالنوافل من العـبـادات صحت منه ليـحـصل له بها نفع الامـتـران والإعتياد .

قـالوا : وأمـا فـصل الطلاق فـعندنا عـبـارته صـحـيـحة في الطلاق كـمـا في البـيع بدليل انه لو طلق امـرأة الغيـر يصح ويقف عليـه ويصلح وكـيـلاً ، وأمـا طلاق امرأة نفسه فليس نظير مسـألتنا ، لأنه لاطلاق له مشروع وله بـيع مشروع وهو من أهله كـمـا بينا فـيـصح باذن الولي وعلى ان الشـرع لم يشـرع لـه الطلاق نظراً له ودفـعـاً للضرر عنه وكذا الخطاب بالشرعـيـات انما يتوجه عليـه نظراً له ، وأما ثبوت الأهلية نظر له كما سبق فثبت .

وربما قـالوا : ان رشد الصـغـيـر بمنزلة سفه البالغ ثم سفه البـالغ كـان مـعـتـبراً في الحجر عندكم وفي منع المال عندنا ، فكذلك رشد الصغير وجب أن يكون معتبراً .

الجواب :

اما قولهم : " انه عاقل " .

قلنا : أهليـة التصرف غير مبنيـة على العقل ، بل هي مبنية على الشرع ، وهذا لأن العـقـد شرعي فانما يصـير الانسـان أهلاً له بـالشـرع والشرع لـم يره أهلاً للتصرف ولم يستصلحه لذلك نظراً له كما بينا .

والدليل على ان الشرع لم يره أهلاً لذلك انه لاينفذ تصرفه مع مـالكيـتـه وصدره من أهله في محله ، ثم نقول عقله غير معتبر بدليل ان الخطاب لايتوجه اليـه، ولأن عقله لو كان معتبراً لخلّى وعقله كالبالغ .

يبينه : انكم تقولون يُخلّى وعقله في الإسلام الذي هو أعلى الأشياء ولايُخلّـى

وعقله في دستجة [١] بقلة يشتريها بحبتين .

وأما قوله : " ان أهل الشئ مَنْ يقدر على تحصيل ذلك الشئ " .

قلنا : ومَنْ يسلّم لكم انه يقدر على تحصيل البيع ، وأما المحسوس الذي قلتم غير معتبر ، فانه كما يوجد منه محسوس عقد عن عقل وتمييز فيوجد / منه محسوس قصد عن عقل وتمييز أيضاً ، ثم اذا لم يعتبر ١١١/أ محسوس قصده حتى يكون عمده خطأ ، فكذلك ههنا لايعتبر محسوس عقده حتى يكون لغواً .

وأما النوافل وغيرها في المسائل نقول : نظير المعاوضات من العبادات الفرائض ، لأن فرائض العبادات في أكمل الدرجات بثبوته من وصف الإلزام لها كما ان المعاوضات في أكمل الدرجات بثبوت وصف اللزوم لها فيعتبر ما اختلفنا فيه بالفرائض وليس بأهل الفرائض من العبادات فلا يكون أهلاً لهذه المعاملات أيضاً .

ثم نقول النوافل وما ذكروا ليس نظير مسألتنا ، لأن الكلام في تصرفات على الصبي فيها ، ولأنه للغير ومثل هذا لايوجد فيما ذكر من الأمثلة ، والحرف : ان في تلك المسائل لما اعتبر عقله خُلّى وعقله فيها ولو اعتبر في مسألتنا خلّى وعقله أيضاً ، ويخرج على فصل النظر الذي اعتمدناه وذلك لأن هذه التصرفات محض نفع وهي غير دائرة بين الضر والنفع فصار النفع فيها لمباشرتها فاكتفى فيها بوجود أصل العقل ، لأن مباشرتها من العاقل صحيحة وان كان ناقص العقل .

وأما ههنا هذه تصرفات دائرة بين الضرر والنفع فلابد من مقدمة عقل كامل ليميز النافع من الضار على ما سبق . وبهذا المعنى تثبت الولاية على الصبي

---

(١) الدّستجةُ : الحزمة ، معرب ، جمعه الدّسائج ، القاموس (دستجةٌ) .

في هذه التصرفات ولم تثبت في تلك التصرفات والإحرام بمنزلة سائر النوافل واذا جوّزنا منه الإحرام لم نجوّز إحرام الولي عنه .

وأما الكفارات فبانشاء سبب جديد كمالٍ يستهلكه على انسان وأما نفس الإحرام فنفع محض .

وأما قولهم " ان الأهلية تثبت نظراً " .

قلنا : ولَمَ ، قلتم فيها نظر ؟

قالوا : كرامة .

قلنا : فاثبتوا الخطاب كرامة واجعلوه نظراً ، وعلى ان كمال النظر في سلب الأهلية ، لأنا اذا جعلناه أهلاً فينبغي أحد شيئين : اما أن يجوز تصرفه وينفذ لصدره من أهله في محله ، أو يجوز باذن الولي فيؤدي الى اعتبار عقل ناقص في تصرف كامل وربما يؤدي الى ضرر يلحقه فلايجوز .

وأما قولهم : اتصل به رأي الولي " .

قلنا : لايتصور ، لأنه اذا أذن له وخلاه وعقله فأين الاتصال ؟ فهذا هذيان.

وأما عذرهم عن الطلاق باعتبار الضرر ، فباطل بالبيع بالغبن والردة على أصلهم .

وأما المحجور عليه بالسنه ، لانُسلّم صحة تصرفه باذن القاضي في البيع .

وأما في النكاح فلا يشبه مسألتنا ، لأنه لاحجر عليه حقيقة فيه ولهذا لايستبد به الولي ، وفي مسألتنا حجر عليه حقيقة بدليل انه يستبد به الولي ، وأما اذا كان عليه حجر حقيقة نظراً فلا ينطلق عنه الحجر الا بالبلوغ كمنع الخطاب لما ثبت نظراً لم يخاطب الا بعد البلوغ .

وأما فصل إذن المرأة في طلاق نفسها .

فليس نظير مسألتنا ، لأنها تطلق عنه ، وفي مسألتنا عندكم بتصرف الصبي عن نفسه ، وعلى أن عندكم المالكية في واحد من الجانبين في النكاح لايفيد ملك الطلاق ، وانما المفيد للطلاق ولاية القوامية والزوج هو المنفرد بها وقد ذكرنا هذا في ربع النكاح .

وأما فصل اعتبار السفه في البائع ، فلأن بنا حاجة الى اعتباره ولا حاجة الى اعتبار رشد الصبي لأن عليه ولاية .

وقولهم : " فيه تقع الهداية " .

قلنا : الصبي يبلغ مهتدياً الى التصرفات بعقله ويميل الطبع اليها بخلاف النوافل ، فإنه لايميل الطبع اليها فلابد من الأمر بها قبل البلوغ ليمترن عليها ويعتادها ، والله تعالى أعلم بالصواب .

﴾ مسألة ﴿

اذن السيد لعبده في نوع خاص من التجارة لم يصر مأذوناً في غيره من الأنواع عندنا .[1]

وعندهم : يصير مأذوناً .[2]

لنـــا :

انه متصرف لسيده فيختص تصرفه بما اذن له فيه سيده .

دليله : اذا أمره بشراء طعام أو ثوب من السوق ، وكما لو عيّن له شيئاً ليشتريه أي شئ كان وسمى ثمنه لم يكن له أن يشتري غيره إجماعاً ، وهذا لأنه اذا تصرف باذن السيد فالسيد أمره بنوع فلا يصير غيره مأموراً كما اذا فعل بنفسه العقد في نوع لايصير غيره مفعولاً .

ويمكن أن يقال تصرف بغير امره فلا يجوز كما لو لم يأذن له في شئ والتعليل لما لم يأذن له فيه من النوع ثم الدليل على انه يتصرف لسيده ان التصرف اما أن يكون بيعاً أو شراء فان كان بيعاً فقد باع مال سيده والبيع تمليك فيكون تمليكا من المالك وان كان شراء فالشراء تملك والتملك تصرف للمتملك ، والمتملك هو السيد فيكون الشراء له ، ولأنه لابد / لصحة تصرفه من ١١١/ب

---

(١) المهذب : ٥١١/١ ، النكت : ورقه ١٦٢/أ ، المنهاج مع المغني : ٩٩/٢ ، الروضة : ٥٦٧/٣ .

(٢) الاسرار : ١٥٤/٢/أ (مراد ملا) بدائع الصنائع : ٤٥٢/١٠ ، مختصر القدوري : ٤٧١/١ ، المبسوط : ٥/٢٥ ، الهداية مع فتح القدير : ٢٨٥/٩ ، رؤوس المسائل ص ٢٩٤ .

اذن السيد ولو كان متصرفاً لنفسه وهو من أهل التصرف بالإتفاق وجب أن يصح تصرفه بغير اذن السيد فثبت حقيقة وحكماً انه متصرف للسيد واذا كان متصرفاً للسيد يثبت ما قلنا .

يبينه : ان هذا تخصيص نافع للسيد ، لأنه ربما يعرف هدايته في نوع دون نوع فيأذن له فيما يعرف هدايته فيه ولا يأذن فيما لاهداية له فيه ، واذا كان التخصيص نافعاً للسيد دون مالايعرفه صح التخصيص كالإمتناع أصلاً والاطلاق جملة لما كان نافعاً للسيد أما الإمتناع بان لايعرف هدايته في الكل ، والاطلاق جملة بأن يعرف هدايته في الكل صح كلاهما ، كذلك التخصيص وجب أن يكون مثلهما سواء بان لايعرف هدايته في الكل لو عرف في الكل صح كذا ههنا.

وأما حجتهم :

قالوا : متصرف يفك الحجر فلايختص تصرفه بنوع دون نوع .

دليله : المكاتب .

يبينه : ان فك الحجر اسقاط ، والإسقاط لايختص بشئ دون شئ .

وبيان صحة التعلق بالمكاتب : ان المكاتب عبد ، لأن النبي عليه السلام قال : " المكاتب عبد ما بقى عليه درهم .... " [١]

---

(١) رواه أبو داود في سننه : ٢٤٢/٤ ، معالمعالم ، باب في المكاتب يؤدي بعض كتابته والترمذي في سننه : ٢٦٥/٥ مع العارضة ، باب ما جاء في المكاتب اذا كان عنده ما يؤديه .

وابن ماجه في سننه : ٨٤٢/٢ ، باب المكاتب .

والامام أحمد في مسنده : ١٧٨/٢ ، ١٨٤ ، ٢٠٦ ، ٢٠٩ .

ولأن عتقه معلق بالأداء فيكون رقيقاً قبل الأداء ، لأن المعلق بالشرط لاينزل منه شئ قبل الشرط .

{ واذا ثبت انه عبد فلايكون له ملك مثل العبد المأذون سواء فيكون الملك في الحقيقة للسيد ، وللمكاتب حق التصرف واليد باثبات السيد له ذلك ، كذلك للمأذون له اليد والتصرفات الاّ ان الكتابة عقد لازم ، والإذن في التجارة ليس بلازم فلأجل لزوم الكتابة في جانب السيد لم يكن له انتزاع الكسب من يد المكاتب والحجر عليه بخلاف المأذون } [١] وأيضاً فإن المكاتب عليه دين يؤمر بأدائه من كسبه فلأجل ذلك الدين منع السيد من التصرف فيه وانتزاعه من يده حتى لولحق العبد المأذون دين نقول ان حكمه في ذلك حكم المكاتب .

وحرفهم المتعلق به في المكاتب ان المكاتب عبد بلاملك له ومع ذلك كان متصرفاً لنفسه كذا العبد المأذون .

وأما فقههم :

قالوا : العبد متصرف لنفسه ، لأنه من أهل التصرف بالإجماع فيكون تصرفه له اللهم الاّ أن يجعله لغيره بالتزام شرعي بمنزلة الوكيل والاّ فالأصل ان مَنْ كان من أهل التصرف يكون تصرفه له ، ولأن العهدة عليه حتى لو هلك الكسب في يده وعليه دين من معاملاته لايتوجه على سيده شئ من العهدة ويطالب أيضاً بعد العتق ، ويستحيل ان يكون العقد لشخص وتبعة العقد وعهدته على شخص آخر واذا كان الشراء تملكا من السيد كيف يطالب العبد بالثمن ؟

قالوا : وبهذا فارق الوكيل ، لأنه لما كان متصرفاً للموكل كانت العهدة على الموكل حتى لو لم يكن الموكل أعطى الوكيل شيئاً وأمره بالشراء فالثمن

---

(١) الاسرار : ٢/١٥٥/أ (مراد ملا) .

يطالب به من الموكل ، وأن طُولبَ الوكيل فالوكيل يطالب الموكّل ، ويجوز للبائع أن يطالب الموكل ابتداءً ليعطي ثمنه ، وكذلك إذا أعطاه شيئاً ليشتري به وتلف في يده يطالب الموكل أيضاً ليعطي بدله بخلاف مسألتنا ، فإن الولي لو آذن للعبد في التجارة فاشترى شيئاً بثمن وأعلمه لم يكن للبائع أن يطالب السيد ولو كان في يد العبد كسب فهلك لم يطالب السيد أيضاً .

وتحقيقهم في المسألة :

ان الشراء تصرف باستيجاب الثمن في ذمة العبد وذمة العبد مملوكة له [بدليل انه يقرّ بالمال فيصح ويؤاخذ به بعد العتاق ، وكذلك يقر بالقصاص على نفسه فيصح ، ولو كفل يصح أيضاً][1] ، ولأن الذمة عبارة عن محل الإلزام وهو في هذا كالحرّ بدليل صحة التزامه وصحة خطاب الشرع اياه بالإلزام .

ويدل عليه : ان المولى لو اشترى له شيئاً ليكون الثمن في ذمته لايصح ولو كان ذمته مملوكة له لصح ، كما يصح في ذمة نفسه .

وأما اقرار المولى عليه : فانما يصح لا لأن ذمته مملوكة له لكن لأن الدين الذي على العبد يتعلق برقبته استيفاء عندنا فبملكه رقبة العبد يصح اقراره بقدر ماليته كالوارث يقر على مورثه بالدين فانه يصح لا أن ذمة المورث مملوكة له لكن لأن الدين الذي في ذمته يتعلق بالتركة ، والتركة ملك الوارث فبملكه التركة يصح اقراره حتى ان هناك يصح بقدر التركة وهاهنا / بقدر ١١١/أ المالية في الرقبة وبما زاد لايجوز في الموضعين .

قالوا : فإن قلتم ان السيد لو اعتقه يطالب العبد بعد العتق .

قلنا : نعم ، ولكن انما كان كذلك لا بملك الذمة بل لأن الدين لما تعلق

---

(١) انظر : الاسرار : ٢/١٥٥/ب .

بالرقبة وبالعتق سلمت الرقبة للعبد فيطالب بقدر قيمة الرقبة لسلامتها له وقد كان الدين متعلقاً بها ، وهذا كالوارث اذا استخلص التركة لنفسه يطالب بالدين بقدر التركة كذا ههنا .

قالوا : وأما ملك المشتري فقد دللنا ان العبد متصرف لنفسه وقضية تصرفه ان يكون حكم العقد من الملك له الآ ان الرق الذي فيه يمنع اثبات الملك له فأثبتنا للسيد واقمناه مقامه في حكم العقد كالمشتري بشرط الخيار للبائع اذا هلك ثبت الملك لوارثه ابتداءً وان كان العقد صدر من الميت لنفسه وقضيته أن يكون الحكم له لكن الموت منع اثبات الحكم له فأثبت للوارث واقيم مقامه كذلك ههنا .

وحرفهم في هذا : ان المولى يملك لا لأنه حكم العقد لكن لملكه رقبة العبد فكان أحق الناس بموجب عقد صدر من العبد وتعذر اثباته له ، وهو أيضاً بمنزلة المكاتب فان حق السيد ثابت فيما اشتراه العبد المكاتب وكان ثبوته له بهذا الطريق كذا الملك في مسألتنا .

وقال بعضهم :

موجب شراء العبد المأذون ثبوت اليد له والملك للسيد بمالكية رقبة العبد ويجوز أن يحقق عقد الانسان لنفسه بموجب اثبات اليد له كالمولى يبيع من عبده المأذون شيئاً يجوز ليثبت اليد للعبد ، وكذلك رب المال يبيع من المضارب شيئاً.

قالوا : وأما تعلقكم بشرط الشرع اذن السيد في تصرف العبد ، فليس كذلك ، لأن العقد له بدليل ان الاذن من المولى شرط في نكاح العبد وان كان النكاح للعبد ، ولكن لأن من قضية الدّين الواجب على العبد مطلقاً ان يتعلق برقبته ورقبته ملك للسيد فاعتبر اذنه ليوجد رضاه بتعلق الدين برقبة العبد .

قال : وليس بشرط الإذن لأن التصرف له ، لأن حجتكم في ان التصرف

للسيد هو ان الملك له ، ولايشترط اذن السيد في ثبوت الملك له بسبب يوجد من العبد ، ألا ترى انه لو احتطب أو احتش يكون ملكاً للسيد وان لم يأذن له في ذلك ، وكذلك يصح قبوله الهبة وان لم يأذن له السيد فيه فدل ان اذنه انما اعتبر لما بينا .

وأما فصل التهدي الى نوع دون نوع فهو غير معتبر بدليل المكاتب ، ولأنه لو كان مهتدياً الى التجارة في جميع الأنواع فان عندكم لايصح أيضاً الاّ في النوع الذي خصه به فسقط هذا الكلام .

الجواب :

قولكم : " متصرف بفكّ الحجر " .

قلنا : لا ، بل بالاذن ، وان عنيتم بفك الحجر الذي نريده فهو مسلم وان عنيتم شيئاً آخر فلا نسلم .

يبينه : ان الاذن يقبل المنع من بعد ولو كان فك الحجر كان اسقاطاً والإسقاط لايقبل الإسقاط ، ولأنه يعتبر علم العبد بالاذن ليصح تصرفه ، والإسقاط لايعتبر فيه علم احد لصحته كالطلاق والعتاق ، ولأنه لو صرح باسقاط الحجر لايصح ما لم يقل اذنتُ ، وربما يمنعون هذا .

وأما المكاتب فقد ادعى بعض اصحابنا ان للمكاتب نوع ملك يليق بحاله فلهذا جعلناه متصرفاً لنفسه ، وليس هذا بشئ ، ولايمكن تحقيقه مع قيام الرق فيه .

والمعتمد ان موجب العقد هناك للمكاتب وهو حق ملك ينقلب حقيقة في ثاني الحال ، والرق الذي فيه لاينافي ثبوت حق الملك له ، وهذا لأنه لما ثبت له في الحال حق عتق ينقلب حقيقة عتق ، ثبت أيضاً بوقفه حق ملك ينقلب حقيقة وبيان ثبوت حق الملك له ثبوت اليد والتصرف ، وكونه أحق به من السيد حتى

ليس للسيد ان ينتزع من يده بل اذا اتلفه يغرم له ، ولايجوز أن يُحال بهذا على الدين ، لأن الدين لو كان ألفاً وعنده من الكسب مايساوي الألوف ليس للسيد أن يأخذ من يده شيئاً ولا درهماً ، دل ان للمكاتب حق ملك ولاحق للسيد أصلاً ولا ملك ، أما الملك فلا اشكال فيه ، وهم لايدّعون ذلك ، فأما الحق فلأنه يعرف بالآثار والأحكام والسيد قد أُنزل في كسب المكاتب منزلة الأجنبي حتى لو اعتق أو استولد لم يصح ، بلى اذا عجز المكاتب فرد الى الرق الآن يملك ، ثبت ان الموجب كله للمكاتب فكان / العقد له بخلاف مسألتنا على مابينا. ١١١/ب

فان قالوا : فلمن الملك في كسب المكاتب ؟ .

قلنا : لاملك لأحد ، والعبرة بالدليل لا بالاستعجاب المجرد وقد دللنا على ما قلنا وهو صحيح على المذهبين ، ثم نقول لو كان كسبه حقاً وملكاً له في الحال لم تصح الكتابة ، لأن الشرع انما جعل كسب المكاتب حقه ليؤدي به بدل الكتابة الذي هو عوض رقبته فيعتق وتسلم له رقبته بازاء ما بذله من العوض، فاذا قلنا هو ملك السيد أو حقه لم يصح به الأداء ولا الكتابة ، لأنه يكون السيد حينئذ معاوضاً ملكه بملكه وحقه بحقه وذلك باطل .

فهذا حقيقة الجواب عن الكتابة وسرها وحكمها في الشرع ولا يعرف ذلك الا الغوّاصون في بحار المعاني .

وأما قولهم : " انه متصرف لنفسه " .

اعلم ان بعض أصحابنا سلّم لهم ذلك ، وقال : هو وان كان متصرفاً لنفسه لكن لما كان بالاذن يتقدر بقدر الاذن ، وليس هذا بشئ ، لأنه اذا كان متصرفاً لنفسه فيكون تصرفه له وملكه فتخصيص السيد يصادف ملك الغير ولا يصح.

والمعتمد ما قلنا انه متصرف للسيد بدليل ما ذكرنا .

وأما قوله : " انه من أهل التصرف " .

قلنا : بلى ، ولكن للسيد لا لنفسه .

فإن قالوا : اذا لم يتصرف لنفسه كيف يتصرف لغيره ؟

قلنا : يجوز كالمرأة تطلق نفسها من قبل زوجها وليس من أهل الطلاق بنفسها بحال ، لأنه من أهل التصرف فتجويز الشرع منه ذلك وتصرفه لسيده ، لأن موجبه لسيده فيكون تصرفه لسيده ، وهذا كما ان الأجنبي من أهل التصرف في ملك الغير عند امره اياه بذلك ثم تصرفه لموكله ، لأن موجبه لموكله ، كذلك ههنا .

وأما فصل العهدة :

فمن أصحابنا مَنْ منع ، وقال : يطالب السيد بثمن ما ملكه .

وعندي : ان هذا المنع خلاف المذهب .[1]

يبينه : ان عندنا اذا كان دين العبد لايتعلق برقبة العبد ، لأنه مال السيد وليس بكسب العبد فكيف يطالب السيد ليقضيه من سائر أمواله والمذهب ان الكسب متعيّن لدين العبد ؟ .

ووجه الجواب : ان العهدة على السيد على معنى ان الكسب متعين لدين العبد وكسب العبد له فصارت حقيقة العهدة متوجهة عليه ، وانما لم يطالب السيد ، لأن الكسب قد تعين للرجوع فيه ، وانما تعين بتعين السيد له اياه لقضاء هذا الدين .

فإن قالوا : لم صح هذا التعيين ؟

قلنا : لدفع الضرر عن المولى ، وذلك لأن الشارع انما شرع الاذن للعبد في التجارة لنفع الموالي وجعل لهم تعين كسبهم لقضاء الديون الواجبة بمعاملاتهم تحقيقاً لنفع الموالي فان العبيد اذا علموا أن ما اشتروه يكون اثمانها على الموالي وانهم لايطالبون بذلك لم يبالوا بالشراء كيف ما كان ، وربما يتلفون

---

(١) أي المؤلف (السمعاني) .

ما يقع في أيديهم بالإنفاق وغيره ثقة منهم واعتماداً على مطالبة الموالي بالديون فانه لاشئ عليهم ، والموالي اذا علموا بذلك لم يرغبوا في معاملاتهم بالاذن لهم في التجارة وانسد هذا الطريق أصلاً ورأساً فلأجل الذي قلناه جعل للسادة تعيين اكساب العبيد للرجوع بالعهدة ، واكتفى منهم في التعيين بالدليل دون التصريح ، والدليل معهود أحوال السادة في المقصود بالأذن .

فإن قالوا فيما قلتم نظراً للموالي ولكنه اضرار للعبيد ، وأيضاً فان العبد اذا أعتق طولب بالديون فاذا كان على السيد وانما تعين الكسب بتعيينه كيف يطالب العبد بعد العتق ؟ .

والجواب :

أما ضرر العبد لانبالي به ، لأن الاذن في التجارة جُوِّز لنفع السيد لا لنفع العبد ولهذا يجبره عليه .

أما قولهم : " يطالب العبد بعد العتق " .

قلنا : لما ثبت تعيين كسب العبد لهذه العهدة فاذا اعتق جعل الكسب بعد حريته بقدر الدين بمنزلة كسب الرق ، وهذا كالعبد يؤاجره سيده سنة ثم يعتق في خلال السنة يؤمر بالخدمة الى باقي السنة وتجعل منافع الحرية كمنافع الرق ، كذلك ههنا .

والعبرة بما يقوم عليه الدليل ، فكيف ما قام الدليل على الحكم اتبعناه وبهذا الطريق نقول : اذا اشترى السيد لعبده شيئاً ليكون ثمناً في ذمته لايجوز ، لأن الأصل ان الثمن يكون على مَنْ تملّك المبيع الإّ ان في مسألة العبد المأذون أوجبنا الثمن في كسب العبد بتعيين السيد وذلك من حيث الدلالة ، وصح التعيين منه للوجه الذي بينا ، ولئلا ينسد باب ما شرعه الله تعالى من الاذن للعبيد

والتجارات ونفع الموالي من هذا الوجه / فأما في هذه المسألة فأيّ ١١٢/أ
حاجة للسيد الى مثل هذا التصرف ؟ فرجعنا الى الأصل من ايجاب ثمن المبيع
على متملكه ولم يصح شرطه وجوب الثمن في ذمة العبد وفعله التصرف وعلى
ان في المسألة الزام على مَنْ يقول ان الذمة مملوكة للسيد ولانريد أن ندعي ذلك.

وقولهم بعد هذا : " ان الشراء تصرف باستيجاب الثمن في ذمته " . فهذا
محال ، وذلك لأن الله تعالى ما شرع الشراء للعباد لاستيجاب الأموال في
ذمتهم ولا هم يقصدون ذلك انما شرع لهم ليتملكوا بشرائهم الأموال الاّ انهم
لايصلون الى ذلك إلا ببذل الأعواض .

وحرفنا : ان البيع تمليك والشراء تملك فيكون البيع لمن حصل منه التمليك
والشراء لمن حصل له التملك .

فإن قالوا : فالشراء اذاً تصرف في ملك الغير وانما يصح تصرفه في محل يملكه
وليس ذلك الاّ الذمة باستيجاب الثمن فيه .

قلنا : الشراء تصرف بالتملك ، والتملك انما يتصور من ملك الغير ،
وعلى ان امره يتناول تحصيل الكسب،والكسب له فقد صادف الأمر محل ملكه.

وأما الذي قالوا : ان موجب العقد للعقد .

قلنا : موجب الشراء الملك فَمَنْ لم يكن من أهل الملك كيف يكون موجب
الشراء له ؟.

وقولهم : " ان السيد يقوم مقامه " .

قلنا : لا ، بل يثبت ابتداءً للسيد ، وقد انعقد العقد ليكون الملك للسيد
اذ لايتصور سوى هذا ، وفي مسألة الخيار انعقد العقد ليكون الملك للمشتري
ثم تعذر بموته فجاز أن يقوم الورثة مقامه ، وعلى ان ذلك مذهبهم ، وعندنا

الملك لايتراخى عن العقد ويكون الملك للمشتري سواء كان فيه خيار أم لا ، ثم الدليل من مذهبهم على أن العبد متصرف ليكون الملك للسيد ابتداءً لابطريق الإقامة بسبب ملك الرقبة للعبد على ما قالوا : ان عندهم لو اشترى العبد شيئاً بغير اذن سيده ثم اعتقه سيده لاينفذ شراؤه لنفسه ولو كان قضية العقد أن يكون الملك له واستحقه السيد بملكه الرقبة لكان اذا اسقط السيد حقه يقضي بالملك له ، وقد قالوا لو تزوج العبد بغير اذن سيده ثم اعتقه السيد ينفذ نكاحه والذي قلناه الزام عظيم عليهم ، وليس لهم عذر عنه يبالي به .

وأما الذي قالوا : ان صحة الشراء منه لأن موجبه له يداً .

قلنا : موجب الشراء الملك لا اليد ، وانما اليد ثمرة الملك وعلى ان يده يد السيد ، والمسألتان اللتان ذكروهما على أصولهم ولانسلمهما ، وان تعلقوا بالإحتطاب والإحتشاش فعندنا اذا وجد ذلك من العبد يكون متصرفاً للسيد لا لنفسه مثل الشراء سواء ، الاّ ان الاذن سقط اعتباره على الأصلين ، وهذا لأن الإحتطاب والإحتشاش فعل حسيّ لايمكن ردهما ورد موجبهما اذا وجد ، والبيع عقد شرعي يمكن ردّه شرعاً ، فاذا لم يأذن فيه للسيد رد شرعاً وصار كالعدم .
والله تعالى أعلم .

﴿ مسألة ﴾

اذا رأى غلامه يبيع ويشتري فسكت لايصير مأذوناً له في التجارة .[١]

وعندهم : يصير مأذوناً استحباباً .[٢]

لنا :

انه لم يوجد الاذن في التجارة فلا يصير مأذوناً له في التجارة كما اذا نهاه، وانما قلنا لم يوجد الاذن في التجارة ، لأن المسألة فيما اذا رآه يبيع ويشتري فسكت ، والسكوت كفّ عن الأذى ، والكفّ عن الأذى لايكون اذناً كالكفّ عن الحجر لايكون حجراً كما في الكفّ عن جميع الأشياء ، فإن الكافّ عن الشئ لايكون فاعلاً له .

يبينه : انه لو صار مأذوناً له في التجارة لم يكن بد من صريح اذن أو دلالة على اذن ولم يوجد صريح ولا دلالة ، وانتفاء صريح الاذن مقطوع به ، وأما الدليل فلأن السكوت محتمل الرضا والسخط ويحتمل التروي والإستهانة والمحتمل للاشياء لايكون دليلاً على واحد منهما ، لأنه ليس بان يكون دليلاً على البعض أولى من أن يكون دليلاً على البعض فسقط الكل ولأنهم قالوا : لو رأى عبده يبيع متاعه وسكت لايصح البيع الذي باشره ويصير مأذوناً له في التجارة ولئن كان السكوت دليلاً على شئ فأولى شئ يكون دليلاً عليه هو

---

(١) المهذب : ٥١١/١ ، النكت : ورقه ١٦١/ب ، الروضة : ٥٦٨/٣ .

(٢) الاسرار : ١٥٦/٢ / أ (مراد ملا) ، المبسوط : ١١/٢٥ ، البدائع : ٤٥٢١/١٠ ، الهداية مع شرحها العناية : ٢٨٤/٩ ، مع تكملة فتح القدير ، رؤوس المسائل ص ٢٩٤ .

البيع الذي باشره وشاهده المولى وسكت عنه فاذا لم يدل عليه فكيف يكون دليلاً على ما سواه ؟ .

وأما حجتهم :

قالوا : دفع الضرر واحد لقوله ﷺ (لا ضرر ولا ضرار في الإسلام...)[١] واذا لم يجعل سكوته اذناً أدى الى ضرر عظيم يتصل بالناس ، وانما قلنا ذلك ، لأن من تعامل مع العبد من التجار / يكثر كما يكثر من ١١٢/ب يعامل مع التجار من الأحرار فلايمكنهم ان يراجعوا الى الموالي في معاملاتهم ليتعرفوا من قبلهم انهم اذنوا أم لا ، ولو اعتبرنا ذلك أدى الى حرج عظيم .

وانما يعتمدون في معاملاتهم على رؤية السادة عبيدهم يعاملون وسكوتهم ، فاذا قلنا لايصير مأذوناً له في التجارة أدى الى الضرر العظيم بالمعاملين ، لأن أموالهم تقع في أيدي العبيد ، وربما اتلفوها وانفقوها ، ولايمكن استردادها وتبقى حقوقهم في ذممهم ولاشئ في ايديهم فيقضوها ، وربما لم يعتقوا ليطالبوا بعد العتق فتتّوى[٢] حقوقهم بالكلية ، فيثبت ما ادعيناه من اتصال الضرر العظيم بالناس فوجب اثبات الإذن دفعاً لهذا الضرر ، وهذا كالحجر الخاص لايرد

---

(١) رواه ابن ماجه في سننه : ٧٨٤/٢ ، باب من بنى في حقه ما يضر بجاره .
والامام مالك مرسلاً في الموطأ : ٦/ ٤٠ مع المنتقى ، باب القضاء في المرافق .
والامام أحمد في المسند : ٣١٣/١ ، ٣٢٧/٥ .

(٢) التوى : بوزن الحصى : الهلاك ، انظر : المصباح المنير مادة (توى) .

على الإذن العام بأن حجر على عبده في بيته بعد ان شاع اذنه في الناس وانما لم يجز دفعاً للضرر عنهم كذا ههنا .

وان منعتم فلايصح المنع ، لانا اجمعنا على ان الأمر المشهور لايرتفع بالنسخ الخفي حتى يشتهر الناسخ شهرة المنسوخ ، ويعتبر علم الانسان بالناسخ حتى يثبت حكمه في حقه ، الا ترى ان أهل قباء لم يثبت في حقهم نسخ القبلة حتى علموا .
واذا ثبت هذا فلم يرتفع الأمر المشهور الاّ بنهي مشهور حتى يتصل بكل من اتصل به الأمر .

قالوا : ولايلزم اذا رآه يبيع متاعه ، لانا انما جعلنا السكوت اذناً لدفع الضرر ، وفي هذه المسألة اذا جعلنا السكوت رضا اضررنا بالسيد في زوال ملكه عن المتاع واذا لم نجعله رضا فضرر يلحق المشتري في ان لايجوز عقده الاّ ان الضرر الذي يلحق المشتري دون الذي يلحق السيد فما يلحق السيد أعظم، لأنه يزول ملكه عن الشئ الذي باعه العبد والذي يلحق المشتري أخف ، لأن غاية ما في الباب ان لايجوز عقده ولايملك المشتري الاّ ان هذا ضرر قليل ، لأنه ان لم يملك المتاع يبقى الثمن على ملكه واذا كان الضرر الذي لحق البائع أعظم فدفع الضرر عنه بترك تجويز العقد أولى من دفع الضرر عن المشتري ، لأن أعظم الضررين أولى بالدفع من أخفهما .

وفي مسألتنا الضرر بنفي الاذن ضرر عام والأمر باثباته ضرر خاص وهو الذي يلحق السيد ودفع الضرر العام أولى من دفع الضرر الخاص ، وهذا معتمدهم .
وقد استدل بعضهم : فإن السكوت اذن بسكوت البكر في النكاح وسكوت الشفيع عن الطلب وسكوت النبي ﷺ عن أمر شاهده وعاينه وغير هذا على ما عرف .

وربما يقولون العبد متصرف لنفسه وللسيد حق المنع فسكوته عن المنع من

التصرف يجوز أن يكون مسقطاً حقه .

دليله : المشتري للشقص المشفوع اذا تصرف فيه وراءه الشفيع وسكت .

الجواب :

قلنا : أما دفع الضرر واجب على ما قلتم ، ولكن نحن قد دفعنا الضرر عن الناس حيث اطلقنا لهم الإستخبار عن اذن المولى إياه في التجارة اما من الناس أو من العبيد ، ثم الاعتماد عليه ان كان محل الإعتماد فأما اذا اعتمدوا على اذن المولى وسكوته فهم الذين جروا الضررْ الى أنفسهم حيث اعتمدوا على ما ليس بمحل الاعتماد ، ومَنْ جرّ الضرر الى نفسه فليس علينا دفعه عنه .

وحرف الجواب : انهم اذا سلكوا الطريق المشروع فلا ضرر ، وذلك بأن يستخبروا عن الناس وجود الاذن أو من العبيد فاذا لم يسلكوا الطريق المشروع ولَحِقَهم الضرر فليس علينا دفعه .

ويقال : هذا بما كسبت يداك فذق وبال أمرك ويداك أو كتا وفوك نَفَخَ ،

ويقال لهم أيضاً : ان الاذن عقد شرعي ، وفي العقود الشرعية يعتبر وجود أسبابها لتصح ، فأما دفع الضرر لايكون سبباً في انعقاد العقود ، نعم ، يجوز ان يقال دفع ضر أو جلب نفع يكون ثمرة عقد ، فأما أن يكون هذا السبب في انعقاد العقد محال ، وفي مسألتنا لم يوجد سبب وان وجد سبب فبينوا .

وأما المسألة التي استشهدوا بها فهي على أصولهم ، وعندنا : يجوز الحجر عليه في بيته ، وقد جوّزوا مثل هذا في القراض ، وعلى انه ان سُلّم لهم فهناك اذن مشهور فلايرتفع إلاّ بنهي مشهور فكذلك ههنا فُقد اذن مشهور فلا يرتفع إلاّ باذن مشهور .

وأما المسألة التي الزمناهم : فهي في نهاية الإلزام .

وأما عذرهم باعتبار اعظم الضررين ، فليس بشئ ، لأن ضرر السيد وإن كان أعظم لكن هو أضر بنفسه ، لأنه كان ينبغي أن ينهي عنه ويمنع منه .

وأما المشتري وان كان ضرره أخف لكنه اعتمد على / سكوت ١١٣/أ السيد ، وعندكم : هو محل الإعتماد فصار دفع الضرر عن المشتري أولى ، لأنه لاعذر للسيد فيما يفعله ، والمشتري معذور ، ودفع الضرر عن المعذور أولى .

وأما قولهم : ان السكوت قد يكون رضا بحال ، وسكوت البكر لايكون رضا حقيقة ، لأن رضاها ليس بشرط مع الأب ومع الأخ لابد من نطقها ، وكذلك الشفعة السكوت عنها ليس برضا وانما يسقط حقه بسكوته ، لأنه حق على الفور فاذا ذهبت الفورية انتهى الحق واذا انتهى لم يبق كسائر ما ينتهي .

وأما سكوت النبي ﷺ فانما جعل رضا وتقريراً لوجوب الإنكار عليه .

وان قالوا : ههنا يجب الإنكار عليه أيضاً .

قلنا : لايجب ، وان استحب له الإنكار يكون استحباب الانكار اذا زوج بنته وامته أو باع عبده ، وفي هذا الموضع لايكون سكوته رضا ، كذلك ههنا ، والله تعالى أعلم بالصواب .

﴿ مسألة ﴾

لايتعلق دين المأذون برقبة العبد المأذون ، على معنى انه لاتباع فيه رقبته عندنا .[١]

وعندهم : يتعلق به وتباع فيه .[٢]

لنـــا :

ان رقبة العبد من أصول أموال السيد فلايتعلق به دين العبد .

دليله : سائر أمواله .

ومعنى قولنا :" انه من اصول اموال السيد " انه غير حاصـــــل بكسب العبد .

وحرف المسألة : ان الدَّين واجب على العبد والرقبة مال السيد فلا يتعلق دين العبد بمال السيد إلاّ بمعنى من قبله يوجب تعليقه به ولم يوجد لاصريحاً ولا دلالة، أما الصريح فمعلوم عدم وجوده ، أما الدلالة فلانه لم يوجد من السيد إلاّ الإذن بتحصيل الكسب وليس في الاذن بتحصيل الكسب دلالة على تعليق الدين برقبة العبد .

يبينه : انه لو وجد فيه دلالة لكان من حيث ان تحصيل الكسب بالتجارة لايخلو من دين يجب على العبد ، ولابد للدين من محل يقضي منه فتعلق بالرقبة ليقضي منها ، وهذا انما يصير دلالة ان لو لم يوجد محل آخر يتعلق به فيقضي منه وقد وجد وهو الكسب فسقطت دلالة الاذن من الرقبة ليتعلق بها .

---

(١) النكت :ورقه ١٦٢/ب ، المهذب : ٥١١/١ ، ٥١٢، الروضه : ٥٧١/٣ ، المنهاج مع شرحه المغني ١٠١/٢ .

(٢) مختصر القدوري : ٤٧٤/١ ، ملتقى الابحر مع شرحه مجمع الأنهر : ٣٥٥/٢ .

فإن قالوا : يتعلق بهما .

قلنا : لايجوز بدون الكسب محل تام في الوفاء بالدين كافٍ لقيام به وانما قلنا ذلك ، لأن الدين دين المعاملة والمعاملات يرجع فيها الى العادات وهي حكم عدل فيها ، والعادة أن ديون العبيد اذا وجدت فان اكسابه تفي بها ولاتزيد عليها إلاّ نادرا وذلك ساقط كما تسقط اذا زادت على الرقبة ولايتعلق بمال آخر للسيد .

والحرف الوجيز في هذه الطريقة : ان الدين على العبد والرقبة مال السيد وانما تتعلق بالكسب بدلالة لاتوجد في الرقبة ، وهي النظر لديون الناس حتى لا تتوي فاذا استقل الكسب بالوفاء بها على ما سبق سقط الدليل من تعلقها بالرقبة من كل وجهٍ .

ويمكن أن يعبر عما قلناه فيقال : الدين دين التجارة ودين التجارة يعتمد المراضاة ، ولم يوجد من السيد رضا بتعلقه برقبة العبد لا صريحاً ولا دلالة ، وقد وجد منه الرضا بالتعلق بالكسب دلالة على ما بينا ، لأنه لما اذن له بتحصيل الكسب ولاتحصيل إلاّ بدين ولابد للدين من محل يقضي منه ليرغب الناس في المعاملة مع العبيد معتمدين على وصولهم الى حقوقهم من ذلك المحل ، فانه اذا لم يوجد نفروا من المعاملة مع العبيد خوفاً من هلاك حقوقهم فيفوت مقصود الموالي فقد وجد رضا المولى بالقضاء من كسب العبد بهذا الطريق ، لانه لما اذن له مع علمه بذلك فقد رضى بتعلق الدين به دلالة ، وهذا لايوجد في الرقبة .لأن حصولها سابق على سبب الدين ، ولأن المولى لا يأذن لعبده في التجارة ليتَويه انما يأذن ليحصّل منه مالاً فان لزمه دين في التحصيل يقضي مما يحصّله ويبقى له شئ فان لم يبق شئ ينجو منه كفافاً رأساً برأس ولا يتوي عليه ما هو رأس

ماله ، واذا علقنا الدين بالرقبة سعينا في اتوى أصول امواله فيكون الاذن في التجارة عائداً اليه بضره لابنفعه ، ووضع الاذن في التجارة في الشرع لنفع الموالى من العبيد لالضرهم وهذا الوجه وان كان قريباً من الوجه الأول ويصلح تقريراً له لكن المدخل الأول أحسن وأجرى في النظر .

وأما حجتهم :

قالوا : دين وجب على العبد مطلقاً فيتعلق برقبته .

دليله : دين الإستهلاك ، وربما يقولون : دين وجب على العبد وظهر وجوبه في حق السيد ، وعنوا / بالإطلاق في العبارة الأولى ماصرحوا به في ١١٣/ب العبارة الثانية .

والفقه لهم :

ان الدين قد وجب على العبد فيتعلق بمحل الوجوب ، والرقبة محل الوجوب فتعلق بها من كل وجهٍ فهو واجب في الرقبة فيقضى من الرقبة .

قالوا : وأما الذمة عبارة الفقهاء وهي في اللغة : عبارة عن العهد ، والعهد لايكون محل الوجوب .

وفي الشرع : عبارة عن شخص له ذمة أو شخص يصلح الدين واجباً عليه ، ولهذا يقال : لفلان على فلان كذا ، وفي ذمة فلان كذا ، وفي عنق فلان كذا ، وفي رقبة فلان كذا ويعبرون به عن شئ واحد .

قالوا : وكذا نقول في الحدّ ، الا ترى ان الرقبة إذا تحولت مالاً كيف يقضى منها ، فاذا ثبت ان الدين يتعلق بالرقبة ابتداءً وهو واجب قضاؤه شرعاً ، لأنه غير مؤخر الى ما بعد العتق بخلاف ما اذا اقر بدين قبل الاذن فأولى محل يقضى منه هو المحل الذي تعلق به اذا امكن القضاء منه إلاّ أنه تقدم الكسب عليها لعارض دليل شرعي وهو النظر للغرماء والموالي ، فانا اذا قدمنا القضاء

من الكسب لم يصر العبد محجوراً عليه ويكون على تكسبه ولاينسد باب نفع السيد ولايزول ملكه عن رقبته ولايصير محل قضاء الدين للغرماء ، لأنه يكون على تكسبه وتحصيل ما يقضى به دينه ، واذا قدمنا القضاء من الرقبة استضر به الموالي والغرماء ، وهذا لايمنع التعلق بالرقبه ابتداءً ومانظير هذا إلاّ دين الإستهلاك فانه يتعلق بالرقبة ثم لو أن السيد قضى ذلك الدين من خالص ماله واستخلص الرقبة لنفسه فانه يجوز ، ولم يدل جواز ذلك على عدم تعلقه بالرقبة لكن فعل ذلك بطريق النظر من السيد لنفسه ، وههنا تقديم الكسب نظر من الشرع للسيد والغرماء زيادة حتى لو اراد السيد تقديم الرقبة بقضاء الدين منها واستخلاص الكسب لنفسه يجوز ، وهذا معتمدهم في المسألة .

قالوا : وأما اعتبار رضا السيد فلا معنى له بعد ان تعلق الدين بالرقبة وقد قام الدليل عليه مثل دين الإستهلاك .

وقال بعضهم : قد بيّنا ان العبد متصرف لنفسه ، وانما اعتبرنا اذن السيد ليكون رضا منه بتعلق الدين بالرقبة ، وقد وجد الرضا من هذا الوجه ، والأول أحسن .

وقد سلكوا طريقة أخرى في اثبات الدين في الرقبة وقالوا : ذمة العبد ضعيفة، لأنه آدمي ومال فمن حيث انه آدمي له ذمة ، ومن حيث انه مال فلا ذمة له ، فله ذمة من وجهٍ دون وجهٍ فضعفت .

ولهذا المعنى قلّ خطاب الشرع في حقه ، واذا ضعفت ذمته تعدّى وجوب الدين الى الرقبة من حيث التعلق ، لأنها أقرب محل الى الرقبة يصلح للاستيفاء منها ، ونظيره ذمة المريض لا [١] ضعفت باشرافها على الخراب بالموت تعدّى التعلق إلى أمواله ، وكذا الميت ، والطريقة الأولى أوجه .

---

(١) كذا في المخطوط ولعل صحة العبارة " إذا ".

قالوا : وليس كما لو حَجَرَ السيد على العبد ثم اقر بالدين حيث يقضي من كسبه الذي في يده ولايقضي من رقبته ، لأن في هذه المسألة انما لايقضي من الرقبة ، لأنه لم يجب الدين مطلقاً ، فانه لم يظهر حق السيد ، وأما كسبه الذي بقى في يده والاذن في ذلك قائم ليقضي منه ديونه فصح اقراره فيما يرجع اليه فيقضي منه . والجملة ان اذنه مرتفع في حق الرقبة باقٍ فيما في يد العبد من الكسب .

قالوا : وظهر بما قلنا الاعتراض على ما قلتم ، لأن حقيقة كلامكم انه لم يقم دليل على التعلق بالرقبة وقد قام بدليل ما بينا.

قالوا : وأما إذا أقر العبد في حال الحجر فهو دين لم يثبت في حق السيد والرقبة ماله ، فلم يؤاخذ بها لحق السيد ، والكلام في دين يثبت وجوبه في حق السيد والعبد جميعاً .

الجواب :

أما التحرير : فليس فيه دليل على التعلق بالرقبة ، لأن وجوبه مطلقاً لايدل على تعلقه برقبته ، انما يدل على كمال الوجوب وهذا لايدل على التعلق بالرقبة بدليل الحر وأم الولد ، والمدبّر على أصلهم .

أما قولهم : " ان الدين واجب على العبد " .

قلنا : بلى ، ولكن من أين قلتم بتعلق بالرقبة ؟ .

وقولهم : " ان محل الدين الرقبة " .

قلنا : لا ، بل الذمة ، لأن الأصل الأحرار ونقطع ان ديونهم تتعلق بذممهم لابرقابهم ، لأن التعلق بالرقبة ليس إلاّ على معنى وجوب القضاء منها ، ورقبة الحر لاتقضي الدين ، واذا قيل : لِمَ يقض الدين من الدية لانه كان متعلقاً برقبته بل لانها مال للمديون فيقضي منها دينه كما يقضي من سائر أمواله .

ويدل عليه : ان العبد المحجور عليه اذا اقر تعلق الدين بذمته لابرقبته .

وقولهم : " انه لم يظهر اقرار في حق السيد " .

قلنا : وجب / ان يتعلق بمحله وان لم يصدقه السيد ، كما تعلق ١١٤/أ بدينه ولأن المقصود من هذا الكلام ان نبين ان الرقبة غير الذمة .

فإن قالوا : ما الذمة وما الرقبة ؟

قلنا : الرقبة عبارة عن ذاته وجسمه ، والذمة عبارة عن محل الإلزام والالتزام شرعاً ، وهذا لأن الآدمي لما فارق سائر الحيوانات بخطاب الشرع فارقها بذمة تكون محلاً الإلزام بالخطاب ويكون أيضاً محل الإلتزام بعقوده في معاملاته واقاريره وغير ذلك ، وهو نوع كرامة لبني آدم ، فكما اكرموا بالخطاب الملزم للحقوق اكرموا بمحل لذلك يفارقون به غيرهم كما فارقوا بالخطاب .

ثم يقال لهم : ليس معنى قولكم ان الدين في الأصل يتعلق بالرقاب الا انه واجب عليهم ، ولم قلتم ان الوجوب على العبيد يقتضي قضائها من رقابهم، فان الوجوب عليه لايقتضي إلاّ خطابه بالأداء من الرقبة بخطاب ثان فمن أين هذا ؟ .

يبينه : ان الوجوب لما كان على العبد فالخطاب انما يتصور معه بالقضاء من الكسب اما القضاء من الرقبة فخطاب مع السيد ولادليل على الخطاب مع السيد بقضاء دين العبد وبهذا فارق دين الإستهلاك ، لأن الخطاب هناك مع السيد وههنا الخطاب مع العبد ، واذا خوطب فلايتصور أن يقضي من رقبته انما يتصور ان يقضي من كسبه ، وهذا كلام معتمد .

وأما الذي قالوه من ضعف ذمة العبد ، فليس بشئ ، لأنها ليست بضعيفة بل ذمته قوية مستقلة بخطاب الشرع ونقصان الخطاب في موضع لايوجب ضعف الذمة بدليل المرأة ، ولأن ذمة الصبي كذمة البالغ ، وكذلك ذمة المجنون كذمة العاقل ولاخطاب أصلاً ، وعلى ان هذا النقصان ان أثر فيؤثر في حقوق الشرع لا في حقوق العباد ، ولانسلم ان ذمة المريض ضعيفة ، ولانقول أيضاً ان ديونه

تتعلق بأمواله ثم يقال لهم : ضعف المحل يوجب ضعف الواجب فيه وقوة المحل يوجب قوة الواجب فيه ، فأما التعدي بالضعف الى محل آخر فلم ومن أين ؟ فهذا الذي قالوه كله أماني كاذبة وزعومات باطلة .

وأما التعلق بفصل الإستهلاك .

فيقال لهم : لِمَ قلتم ان دين الإستهلاك كما يتعلق بالرقبة فوجب ان يتعلق بها دين التجارة ، وذلك دين جناية وهذا دين تجارة ومعاملة ، والمخاطب هناك هو السيد وههنا هو العبد ، وخطاب الموالي في الرقاب وخطاب العبيد في الاكساب وقد تأيد هذا الفرقان على هذا الأصل بأم الولد ، فان جناية أم الولد على سيدها ويغرم قيمتها ودينها اذا أذن لها في التجارة يتعلق بكسبها لابرقبتها ، وأيضاً فان ذلك الدين غير مستند الى الرضا حتى يعتبر اتصال رضا السيد بمحل تعلقه، ودين التجارة مستند الى الرضا فيعتبر اتصاله بمحل تعلقه ، وقد اتصل بالكسب لا بالرقبة فهذه وجوه بينة في دفع تعلقهم بالإستهلاك وان الحوا في طلب المعنى فنقول :لابد لدين الجناية من محل يتعلق به حتى لا يَتوِي حق المجني عليه ، لأنا لو لم نعلقه بمحل أدّى الى ضرر عظيم يتصل بالناس فان الجنايات تكثر من العبيد فانهم يتصرفون في العادات ويرسلون في الحاجات فينقلون الأشياء مُخَلّى الذرع والسرب باختيارهم من غير حافظ ووازع ويفارقون بهذا البهائم ، فاذا لم نطلب محلاً نعلقه به تَوِى حق اصحاب الحقوق ولم يبال السادة بذلك ولا محل أولى من رقابهم .

وأما مسألتنا فلا تَوِى على حقوق أصحاب الحقوق ولأنا وجدنا محلاً تعلق الحقوق به فيمنع تَواها وهو الكسب فلا معنى للتعلق في الرقبة ، وهذا تخريج على الطريقة الأولى التي اعتمدنا عليها ، وهو بين بحمد الله تعالى ومنّه ، والله تعالى أعلم بالصواب وإليه المرجع والمآب .

« مسائل من السلم »

مسألة

يجوز السلم في الموجود عند المحل وان كان منقطع الجنس عند العقد .[١]

وعندهم : لايجوز إلاّ أن يكون موجوداً من عند العقد الى وقت المحل .[٢]

لنا :

انه اسلم في مضبوط وصفه مقدور على تسليمه عند وجوب التسليم فوجب أن يجوز .

دليله : اذا كان موجوداً عند العقد أيضاً ، وهذا لأنه اجتمع في / ١١٤/ب هذا العقد شرائط صحة السلم فصح سلماً .

ودليل ذلك : انه لم يفقد إلاّ الوجود عند العقد ، الا ترى انه لو كان موجوداً عند العقد ، والعقد على هذا الوجه صح العقد فنقول : الوجود عند العقد لواعتبر لاعتبر ليقدر بوجوده على التسليم والقدرة على التسليم لاتعتبر لعينها انما تعتبر لأجل توجه المطالبة ، الا ترى ان الآبق مقدور على تسليمه في الجملة ، ولكن اعتبر قدرة البائع لان المطالبة متوجهة عليه ، فثبت ان القدرة على التسليم انما تعتبر بواسطة المطالبة عند المحل ولا مطالبة قبل المحل

---

(١) الأم : ١٢١/٣ ، المهذب : ٣٩٥/١ ، المنهاج مع شرحه المغني : ١٠٦/٢ ، الروضة : ١١/٤ ، معالم السنن : ٧٤١/٣ ، الحاوي : ٣٩١/٥ .

(٢) الاسرار : ١١١/٢/ب (مراد ملا) .

مختصر الطحاوي : ص ٨٦ ، مختصر القدوري : ٢٨٠/١ ، المبسوط : ١٣٤/١٢

البدائع : ٣١٧١/٧ ، الهداية وشروحها ، فتح القدير : ٨١/٧ .

فلا تعتبر القدرة قبله وانما توجد المطالبة عند المحل والقدرة عنده موجودة ، الا ترى انه لو عقد عند المحل وهو حال وجود المسلم فيه حكم بوجود القدرة ، كذلك ههنا .

يبينه : ان ما قبل المحل كما بعد المحل في انه ليس بزمان المطالبة ثم لايعتبر الوجود بعد المحل كذا قبله بل أولى ، لأن ما بعد المحل زمان المطالبة بقاءً وما قبل المحل ليس بزمان المطالبة لابقاءً ولا ابتداءً .

أما حجتهم :

قالوا : عقد سلم أورده على مالايقدر على تسليمه فلا يجوز ، كما لو اسلم في المعدوم حالاً ، وهذا لأن القدرة على تسليم المسلم فيه شرط لصحة العقد فاذا فُقِدَ لم يصح .

ودليل الوصف ان المسلم فيه في الحال معدوم فلا قدرة على تسليمه قطعاً فلوصح العقد لصح باعتبار القدرة على تسليمه عند المحل ولا تعلم القدرة على التسليم عند المحل ، لأن القدرة لوكانت انما تكون باحدى شيئين : بوجوده في أيدي الناس ، وحياته عند المحل ليحكم له بالقدرة ، ويجوز أن تدوم حياته فيحكم له بالقدرة ، ويجوز أن يموت فلايحكم له بالقدرة فلايجوز اثبات القدرة بالإحتمال ، لأن المحتمل لايكون حجة في اثبات شئ .

قالوا : ولايجوز أن يقال ان الظاهر حياته فالظاهر قدرته وذلك لانا لانسلم ان الظاهر حياته لكن لابدليل يدل عليها فإن حياة اليوم لاتكون دليلاً على حياته في الغد لكن صار الظاهر حياته عند المحل بحكم استصحاب الحال ، واستصحاب الحال حجة الحال ، فانه حجة في ابقاء ما كان على ما كان وليس بحجة في اثبات امر لم يكن .

والمعنى فيه :

ان الثابت مستدام ثبوته ولايقطع إلاّ بدليل يقوم على قطعه وغير الثابت مستدام عدم ثبوته إلاّ أن يقوم الدليل على اثباته فكما ان الثابت لايقطع ثبوته بالاحتمال فغير ثابت لايثبت بالاحتمال .

قالوا : ولهذا نقول : ان المفقود لايورث ، لأن حياته مستصحبة ولايرث أيضاً لانه يجوز موته وان كانت الحياة مستصحبة ، فالملك الثابت له لم يقطع بالاحتمال وغير الثابت لم يثبت بالإحتمال ، كذلك هاهنا القدرة غير ثابتة فلا تثبت مع الإحتمال هذا حرفهم .

قالوا : ولايجوز أن يقال انه اذا كان موجوداً عند العقد في ملك الناس غير موجود في ملكه فالقدرة غير ثابتة إلاّ بالإحتمال ، لأنه يجوز أن يصل اليه ، ويجوز أن لايصل إليه ، لأن القدرة على تسليم الديون لاتكون إلاّ بهذا القدرة وهو وجود امثاله في ايدي الناس ، وعلى ان في تلك الصورة انما جوزنا ضرورة، لأنا لو لم نجوّز لم يجز اصلاً ولا ضرورة في الإسلام في المعدوم .

فان قلتم فيه ضرورة الدهاقين وعامة الحراثين والاكارين ليقبلوا السلم في الحال في اشياء يرجون وجودها وحصولها لهم من بعد فهذا ليس بشئ ، فانه لاضرورة فانهم يمكنهم ان يقبلوا السلم في الموجود في الحال ثم اذا حصل لهم مايرجون وجوده صرفوه الى الأشياء التي قبلوا السلم فيها من غير حرج ومشقة ، لأن هذا التصرف وتحصيل المسلم فيه بهذا الوجه متيسر على الناس هذا طريقهم المعتمد وقد قال مشايخهم في هذه المسألة :

ان السلم عقد يجب تنزيهه عن الغرر الموهوم كما يجب تنزيهه عن الغرر المحقق بدليل انه لايجوز السلم في مكيل وموزون بشرط ان يكيل بمكيال رجل معين يخالف مكاييل الناس ، وكذا الميزان وليس عدم الجواز إلاّ لتوهم هلاكه فلايدري

ما يسلم فوجب تنزيه العقد عن هذا الموهوم ، وما عُدّ غرراً اذا اسلم في حنطة من مزرعة بعينها أو رطب من نخيل بأعيانها وليس ذلك إلاّ توهم هلاك زرع تلك المزرعه أو رطب تلك النخيل ، وقد دل على هذا الأصل قوله /١١٥/أ عليه السلام في السلم : (أرأيت لو منع الله الثمرة بم يستحل احدكم مال أخيه؟ ...) [١] فقد نص ﷺ على اعتبار الموهوم ، وهذا لأن السلم عقد غرر فالشرع أوجب فيه الإحتراز عن الغرر والموهوم اذا امكن حتى لايكثر الغرر، واذا ثبت هذا الأصل فالموهوم في مسألتنا هلاك المسلم اليه قبل المحل وتوجه المطالبة والمسلم فيه منعدم في العالم والإحتراز عن هذا ممكن بأن يسلم في موجود فوجب الإحتراز .

وربما يقولون في العقد لابد له من محل وقد عدم المحل في مسألتنا فلم ينعقد .

قالوا : وكذا اذا اسلم في غير المنقطع إلاّ ان هناك جوزنا للحاجة .

الجواب :

أما الطريقة الأولى فقد بينا وجود القدرة عند المطالبة والاعتبار بذلك ، لأن التسليم يجب بشرط المتعاقدين فينظر الى زمان الشرط ، ويقال : العقود مشارطات شرعية فينظر الى الشروط وزمانها .

---

(١) رواه البخاري في صحيحه : ٣٩٨/٤ مع الفتح ، باب اذا باع الثمار قبل أن يبدو صلاحها .

ومسلم في صحيحه : ٢١٧/١٠ مع النووي ، باب وضع الحوائج .

والنسائي في سننه : ٢٣٢/٧ ، باب شراء الثمار قبل ان يبدو صلاحها .

والامام مالك في الموطأ : ٢٢١/٤ ، مع المنتقى ، باب النهي عن بيع الثمار حتى يبدو صلاحها .

فأما قولهم : " ان القدرة في الحال غير ثابتة فلاتثبت بالإحتمال وهذا حرف الطريقة ."

والجواب عنه من وجهين :

احدهما : ان الظاهر حياته ، والظاهر حجة في احكام الشرع ، وهذا لأن الغالب في الناس ان حياتهم تفي بأجالهم وآجالهم لاتفضل عن أعمارهم فَمَنْ نظر في معاملات الناس عرف هذا الغالب الذي ادعيناه والذي يقولون من انقطاع حبل العمر نادر ، والنادر لايعارض الغالب ، ولو ثبت الإحتمال الذي ادعوه لثبت بمعارضة الموت الحياة في المستقبل بأن يقول القائل كما يجوز ان يعيش غداً يجوز أن يموت إلاّ ان المعارضة سقطت بالوجه الذي بينا ، واذا سقط المعارض صار الإحتمال معرضا عنه ، لأن الراجح مسقط اعتبار المرجوح .

جواب آخر معتمد :

وهو انه قام دليل الحياة عند المحل شرعاً .

وبيان هذا ان بالإجماع جاز التأجيل الى شهر وشهرين وسنة وسنتين ، وانما جاز بناءً على وجود الحياة عند المحل ، لانه أجّل الى مدة ليطالب عندها وقد جاز شرعاً وانما تتصور المطالبة بموافقة الحياة ، فدل انه انما جاز التأجيل الى المدة المضروبة بتقدير حياته ، ولهذا لو ضرب أجلاً نعلم أن الحياة لاتوافقه لايجوز ، لأنه لم يوجد ما ينبني عليه الجواز، واذا قام دليل الحياة من الشرع ثبتت القدرة شرعاً وسقط الاحتمال الذي قالوه ، وهذا جواب يصطلم الطريقة ويأتي عليها بحيث لايبقى للخصم معه متنفس .

وأما طريقة مشايخهم :

فليس بشئ ، لأن الموهوم غير معتبر في ابطال العقود ، وهذا لأن المحل المتحقق بالعقد قد وجدت القدرة على التسليم فيه والموهوم لايعارض المتحقق

فلو بطل العقود لبطل باعتبار محل موهوم فاذا لم يعارض الموهوم المتحقق سقط اعتباره ولايبطل العقد المتحقق بقدرة متحققة في محل متحقق بموهوم لايعارضه ، ولأنه ما من عقد الا ويتوهم عليه طريان عارض يبطله من اباقٍ في مبيع أو هلاك عبد أو تخمر عصير أو طريان ردة أو محرمية على النكاح ، وكان المغنى في الاعراض عن هذه العوارض عدمها في الحال ثم اذا وجد في العقد يبتنى عليه ما يقتضيه ويليق به من اثبات خيار أو افساد عقد أو غير ذلك .

وقولهم : " ان السلم تنزه عن الغرر الموهوم بخلاف بيع العين " .

دعوى لادليل عليه ولو قيل على العكس ان السلم أقبل للغرر فهو أحسن مما قالوه وأوفق للأصول .

وقال بعض أصحابنا :

لو اعتبر الموهوم ويجوز أن يموت الى شهرٍ أو الى شهرين يصير كأنه ضرب الأجل الى شهر أو الى شهرين ، وهو [١] يقولون على هذا الأجل الى شهر أو شهرين انما لايجوز ، لأنه يؤدي الى منازعة بين المتعاقدين ، وفي الصورة التي ألزمتم لايؤدي الى المنازعة وما قدمنا من الجوابين كافٍ .

وأما مسألة الضمان : وهو أن السلم بوزن رجل بعينه فانما يبطل السلم لجهالة قدر المسلم فيه ، لأن الشرع واجب أوجب السلم بكيل معلوم ووزن معلوم، وهذا العلم أما أن يرجع الى المعتاد بين الناس أو الى المكيال الشرعي الذي اعتبر في احكام الشرع ولم يوجد واحد منهما ففات العلم بالمسلم فيه فبطل العقد لهذا. ونقول لايجوز مثل هذا في بيع العين وذلك اذا اشترى مكايلة أو موازية بمثل هذا المكيال والميزان لما بيّنا .

---

(١) كذا في المخطوط ولعله (هم) .

وأما المسألة الثانية : فانما ابطلنا السلم هناك / بالنص وهو ١١٥/ب

حديث زيد[١] بن سُعنة ان النبي ﷺ قال : أما في محلة بعينها فلا..."[٢]

وعلى ان هناك القدرة على التسليم عند المحل لاتوجد ، لأن القدرة على التسليم انما يكون بأن يكون المسلم فيه عام الوجود على ما عرف في المذهب في تلك الصورة لايكون عام الوجود .

وأما قوله عليه السلام : (أرأيت لو منع الله الثمرة) .[٣]

قلنا:هذه الكلمة انما وردت في بيع الثمار قبل بدو الثمار والصلاح لافي السلم .

وقولهم : " ان المحل مفقود في هذا العقد " .

قلنا : لا ، بل موجود مثل ما يوجد اذا كان السلم في غير منقطع وهذا لأن السلم عقد على دين فلا يستدعى إلاّ وجود ذمة صحيحة قابلة للوجوب . والله اعلم

---

(١) زيد بن سُعنة الحبر الاسرائيلي ـ اختلف في سعنه فقيل بالنون وقيل بالتحتانية ، قال ابن عبد البر : بالنون أكثر ، روى قصة اسلامه الطبراني وغيره ، توفي في غزوة تبوك مقبلاً الى المدينة . الاصابة : ٥٤٨/١ ، الاستيعاب مع الاصابة : ٥٤٣/١ .

(٢) لم أجده بهذا اللفظ ولكن روى البيهقي معناه فقال : ..... قال : عبد الله بن سلام ان الله لما اراد هدي زيد بن سعنة .... فذكر الحديث .... الى ان قال : فقال زيد بن سعنة : يا محمد هل لك ان تبيعني تمراً معلوماً الى أجل معلوم من حائط بني فلان قال لا ، يايهودي ولكني ابيعك تمراً معلوماً الى كذا وكذا من الأجل ولا اسمي من حائط ابن فلان فقلت : نعم ...... " اهـ ٢٤/٦ .

ورواه الحاكم في قصة اسلامه زيد بن سعنة مطولاً ، انظر : المستدرك : ٦٠٤/٣ .

(٣) سبق تخريجه .

﴿ مسألة ﴾

السلم الحال عندنا جائز .[1]

وعندهم : باطل .[2]

لنـــا :

ان السلم مؤجلاً يجوز فيكون حالاً أجوز .

فان قالوا : لِمَ ؟

قلنا : لأن المؤجل يتغير عما يقتضيه العقد ، والحال موفر مقرر عليه ما يقتضيه العقد فاذا جاز مغيراً عما يقتضيه العقد فلأن يجوز مقرراً عليه ما يقتضيه العقد أولى .

وبيان هذا : ان استحقاق العوض ملكاً ومطالبةً مقتضى العقد ، أما الملك فلا اشكال فيه ، وأما المطالبة فلأن مَنْ ملك شيئاً بعقد يملك أن يطالب به خصوصاً اذا كان قد اعطى عوضه والأجل مغير مقتضى العقد ، لأنه يؤخر المطالبة بعد تحقق سبب المطالبة ، فثبت ان الأجل داخل في العقود ليغير مقتضاها ، ولهذا المعنى لاتقبله بعض العقود ولو كان يوافق مقتضى العقد لم يتصور أن لايقبله عقد ، واذا ثبت انه مغير مقتضى العقد ثبت الأصل الذي ادعيناه انه اذا جـــاز

---

(١) المهذب : ٣٩٣/١ ، النكت ورقة ١٤٦/أ ، الروضة : ٧/٤ ، الأم : ٨٥/٣ ، المنهاج مع شرحه المغني : ١٠٥/٢ ، معالم السنن : ٧٤٢/٣ ، شرح صحيح مسلم للنووي : ٤١/١١ ، الحاوي : ٣٩٥/٥.

(٢) الاسرار : ٢/ ١١٢/أ (مراد ملا) ، مختصر الطحاوي: ص ٨٦ ، مختصر القدوري: ٢٨١/١ ، الهداية مع شروحها : فتح القدير : ٨٦/٧ ، رؤوس المســائل ص ٢٩٨ .

مؤجلاً فحالاً أجوز وانما اخترنا هذا الدليل ، لأنه قول صاحب المذهب [١] فكان التعلق به أولى ، وأيضاً فان الحال أبعد غرراً من المؤجل ، لأن الأجل في نفسه غرر كالخيار غرر ، ولأنه بالأجل يتأخر موجب العقد ، ولايدري انه هل يتصل به موجبه أم لا ؟ فان اتصل لايدري انه هل يقدر عليه أو لا ؟ فثبت الغرر في الأجل من هذا الوجه وصح ما ادعيناه .

وقد قال بعض أصحابنا محتجاً في هذه المسألة : ـ ان السلم يجوز أن يبقى حالا فيجوز أن يثبت حالاً ، وصوروا فيما اذا مات المسلم اليه عقيب العقد بقى العقد صحيحاً ، وكذلك اذا اتفق العاقدان على اسقاط الأجل .

يبينه : ان الباقي هو المنعقد فاذا بقى حالاً في هذه الصورة فلينعقد كذلك ، وهذا لضعفٍ لأنهم يقولون سقوط الأجل بعارضٍ يسقطه لايدل على انه ليس بشرط ، لأن الشروط قد تسقط بالعوارض ، وهذا كالأجل في السلم في المعدوم فانه يسقط بعارض موت المسلم اليه ولم يدل على انه ليس بشرط ، وهذا لأن السلم قديم بشروطه ، والشروط انما تعتبر عند العقود لا بعد العقود ثم اذا سقط لعارض يثبت له حكمه على ما يقتضيه ، فلا جَرَمَ نقول يثبت لرب السلم حق الفسخ ان لم يصل الى المسلم فيه .

وحرف الإعتراض : ان الأجل مشروط عندنا لأجل الإنعقاد لا لأجل البقاء ،فالاعتماد على الأول .

وأما حجتهم :

تعلقوا أولاً بقوله عليه السلام (مَنْ اسلم فليسلم في كيل معلوم ووزن

---

(١) يعني بذلك الشافعي فقد نص على ذلك في الام : ٣/ ٨٥ .

معلوم إلى أجل معلوم ....) [١]

والمراد من أراد أن يسلم فليسلم هكذا ، فهو مثل قول (مَنْ دخل داري فليغض بصره ، ومَنْ كلمني فليكلم بصواب) فاقتضى ظاهر هذا الخطاب المنع من السلم الا على هذا الوجه كما اقتضى ما ذكرنا المنع من الدخول إلاّ غاض البصر والمنع من الكلام إلاّ بصواب .

ومن حيث المعنى قالوا :

أسلم فيما لايقدر المسلم اليه على تسليمه فلا يجوز ، كما لو أسلم في منقطع حالاً وانما قلنا ذلك لأن القياس الصحيح يقتضي ان لايصح السلم أصلاً ، لأن المبيع فيه هو المسلم فيه ، والأصل ان المبيع لايكون مبيعاً إلاّ بعد أن يكون عينا مملوكة مقدوراً على تسليمها ، وهذا لأن العقد في المبيع يوجب نقل الملك فيه الى صاحبه ونقل الملك لايصح إلاّ في عين مملوكة ثم القدرة على تسليمها شرط ، لأن الوصول الى المبيع مقصوده ولا وصول إلاّ بالقدرة .

---

(١) رواه البخاري في صحيحه : ٤٢٩/٤ ، مع الفتح ، باب السلم في وزن معلوم ، من كتاب السلم .

ومسلم في صحيحه : ٤١/١١ مع النووي ، باب السلم ، من كتاب المساقاة .

وأبو داود في سننه : ٧٤٢/٣ مع المعالم ، باب في السلف ، من كتاب البيوع .

والترمذي في سننه : ٤٨/٦ مع العارضة ، باب ما جاء في السلف في الطعام والتمر ، من أبواب البيوع .

والنسائي في سننه : ٢٥٥/٧ ، باب السلف في الثمار ، من كتاب البيوع .

وابن ماجة في سننه : ٧٦٥/٢ ، باب السلف في كيل معلوم ، من كتاب التجارات

والامام أحمد في المسند : ٢٢٢/١ .

واللفظ عندهم (من اسلف في شئ ....) .

وإذا ثبت هذا الأصل نقول : لم يوجد في السلم ما يصلح أن يكون مبيعاً لأنه لاعين ولا ملك إلاّ أن الشرع جوّزه رخصة ، وذلك لما روي عن النبي ﷺ انّ نهى عن بيع ما ليس عند الانسان ، ورخص في السلم ....) .[١]

وَحَدُّ الرخصة هو اطلاق / مع بقاء الحاظر لعذر مثل الرخصة في أكل الميتة ١١٦/أ عند الضرورة ، ورخصة اجراء كلمة الكفر على لسانه ، فالحاظر هاهنا عدم المبيع، والعذر وجود الحاجة الى هذا العقد للفقراء والمحاويج فان الانسان محتاج الى ما ينفقه على نفسه وليس عنده شئ يفضل عن حاجته لبيعه ويرجو وجود مال من ادراك ثمرة له أو استحصاد زرع أو قدوم مال غائب فيقبل السلم فيما تأمل وجوده أو في شئ آخر فينفقه فهذا العذر سبب الرخصة ، والرخص تتبع الأعذار والحاجات ، ومن هذا يقال السلم عقد المفاليس والمحاويج [٢] فصار السلم في الحقيقة قبول عقد فيما لايقدر على تسليمه فجوّز رخصة ،ثم القدرة على تسليم المبيع شرط ليصح العقد ، وفي الحال لاقدرة لما ذكرنا فجعل الشرع الأجل شرطاً ليقدر به على التسليم ، فإن القدرة بالوجود ، والوجود للمعدمين بالتكسب والتحصيل ولابد له من زمان ومدة ، وذلك من الأجل فصار الأجل ليقدر به على تسليم المسلم فيه فصار حتماً لازماً ولم يجز تركه بحال وهو مثل الأجل في الكتابة عندكم فانه لما كان ليقدر به على تسليم بدل الكتابة كان حتماً عندكم .

أما عندنا انما تصح الكتابة حالة ، لأن العجز هناك في عوض الكتابة وعوض

---

(١) سبق تخريجه .

(٢) انظر : تفسير القرطبي : ٣٧٩/٣ .

الكتابة بمنزلة الثمن في المبيع ولايعتبر وجود القدرة على تسليم الثمن ليصح البيع عندنا ، وهذا يأتي في مسألة الإفلاس بالثمن .

قالوا : ولايجوز أن يقال ان السلم من الغنى حالاً لايجوز عندكم أيضاً ، وإن كان قادراً على التسليم وذلك لأنا دللنا على ان السلم عقد رخص فيه لأجل الحاجة ، والحاجة أمر باطن لايوقف عليها فأعرض عنها وأدير الحكم على سبب ظاهر وهو الإقدام على السلم مثل قصر السفر مع اعتبار المشقة على ما عرف .

وهذا لأن السلم عقد بأوكس الثمنين فان الانسان اذا كان عنده عين يبيعها بأوفر الثمنين واذا قبل السلم بشئ في ذمته يقبل بأوكس الثمنين ، والعاقل لايترك البيع بأوفر الثمنين ويعدل إلى الأوكس إلاّ للحاجة فصار الإقدام دليل الحاجة وان اتفق ان يكون عنده من جنس ما قبل السلم فيه فالظاهر انه مشغول بحاجته حيث لم يبعها عيناً وعدل الى السلم ، والمشغول بالحاجة كالمعدوم بدليل الماء للعطشان في السفر .

قالوا : ولايقال انه قادر على أداء المسلم فيه بما حصل عنده من رأس المال، لأن رأس المال انما اخذه للحاجة اليه على ما سبق فيكون مشغولاً بحاجته فلا تتحقق به القدرة .

يبينه : انه كيف يجوز المسلم حالاً ويطالب في الحال فيحتاج الى أن يصرف ما أخذه لحاجته الى هذا ، وزيادة شئ يضع عليه فيؤدي الى أن يصير الحلول سببا الى ابطال ما جوّز العقد في الشرع لأجله ، وهذا محال .

قالوا : ولايجوز أن يقال ان معنى الرخصة المذكورة في الخبر هو أن يبيع ما ليس بحاضر عنده من ذمته حتى اذا وصل اليه يسلمه وقد كان لايجوز في الشرع لعدم رؤيته فرخص في بيعه في ذمته وان كان غائباً عنه حتى اذا وصل اليه سلمه .

قالوا : وهذا فاسد من وجوه :

احدها : ان النبي ﷺ نهى لأنه باع ما ليس عنده ، وفي الصورة التي قلتموها ليس الفساد للغيبة ولا الجواز للحضور فانه لو باع عينا غائبة وقد كان قد رآها من قبل يجوز ، ولو باع عيناً حاضرة غير انها في كُمّه أو في كفه لايجوز ، فدار الجواز والفساد على الرؤية وعدم الرؤية لا على الغيبة والحضور .

والثاني : ان الشرط الذي يسقط اعتباره في السلم جائز دونه رخصة عدم العينية والملك جميعاً ، لأن الذي باعه في الذمة ليس بعينٍ ولا بملكٍ ، فانه لايملك شيئاً في ذمة نفسه حتى يبيعه ، ألا ترى انه متى ملك سقط فثبت ان العذر المجوّز عدم العينية والملك لا عدم الحضور أو الرؤية ، لأنهما لايعدمان الملك فلا ينبغي أن يسقط اعتباره وينبغي ان لايجوز بيعه قبل الملك سلماً ، لأنه اذا كان المجوّز عدم الغيبة والغيبة لايعدم الملك فلا ينبغي الجواز إلاّ بعد وجود مثل ملك الموصوف في ملكه ، لأن العذر ارتفع بجواز بيعه من ذمته فينبغي أن يبقى شرط قيام الملك كما كان شرطاً في بيع العين مع العين .

والثالث : وهو / ان الرخصة تكون بعذر ، والعذر هو العجز في ، ١١٦/ب مسألتنا ، ولاعجز عن الاحضار في تلك الصورة والإنتظار ممكن ، وأتى فرق بين أن ينتظر شرط الإحضار قبل العقد أو بعده فلابد منه ، فثبت ان هذا التأويل باطل ، وان الخبر متناول للصورة التي قدمناها لاغير .

قالوا : ولهذا سمى العقد سلماً ، لأن الأجل من شرط البيع في الأصل لما كان أن يكون بعد ملك المبيع وهذا بيع قبل الملك ، وكـــــان

استعجالاً للبيع عن حينه .

والسلم في اللغة والسلف واحد ، كالسلف من الناس وهم الذي تعجلوا الى الله تعالى فالإستسلاف والإستعجال في اللغة واحد ، والعقود التي خصت بأسماء انما خصت بها لدلالتها على معانيها كالنكاح سمى به لما فيه من الإزدواج ، والضم والصرف لما فيه من تراد الأبدال في المجلس ، كذلك هاهنا سمى العقد سلماً لما فيه من استعجاله عن حينه وزمانه الذي هو شرط له في الأصل، فثبت الأصل الذي قدمنا وتبين ان الأجل دخل عليه ليقدر به على التسليم فلم يجز اخلاء العقد عنه هذا معتمدهم في المسألة .

وقد ذكر مشايخهم : ان السلم لما اختص بالدين مع قبول العين للتمليك مثل الدين ومع ان العين أبعد من الغرر فلابد أن يكون لمعنى وليس كذلك إلاّ وجوب الأجل ، فإنه لما لم يخل عن الأجل لم يخل عن الدين الذي هو محل الأجل.

الجواب :

أما الخبر .

قلنا : هو وارد لبيان ايجاب الإعلام ، ألا ترى انه ليس فيه استيفاء جمع شرائط السلم .

يدل عليه : انه يجوز السلم في غير المكيل والموزون ، ولو كان على ما قلتم لم يجز في غيرهما فالإعلام لايكون إلاّ بعد وجود الأجل فلا جرم .

قلنا : اذا ذكر الأجل فلابد من إعلامه .

فأما المعنى الذي قالوه .

قلنا : لانسلم لهم ما ادعوه من العجز ، لأنه ان كان غنياً فهو قادر وان كان فقيراً فهو قادر على تحصيل المسلم فيه بما حصل في يـــده من رأس المال ،

والأولى أن نقول : العجز أمر باطن فيدار على السبب الظاهر فنقول : اقدامه على السلم الحال مع اهلية الملك دليل القدرة .

وأما قولهم : " ان الأصل أن لايجوز السلم " .

قلنا : بل الأصل جوازه في الموضع الذي نصوره من بعد .

وقوله : " ان المبيع لابد أن يكون عيناً مملوكة " .

قلنا : اذا باع عيناً ، فأما اذا باع ديناً وجب ابتداءً في ذمته فلا ، وهذا كالثمن اذا اشترى شيئاً بثمن في ذمته فانه يجوز على الأصل لا معدولاً به عن الأصل خصوصاً على أصلكم على ما عرف في مسألة تعيين الدراهم ، وهذا لأن الأموال ضربان : أعيان وديون ، والعقود قسمان : بيع وسلم ، واحدهما على العين ، والآخر على الدين ، فكما يجوز بيع العين المملوكة على الأصل يجوز بيع الدين من الذمة على الأصل .

وأما القدرة على التسليم فهو شرط فيهما لكن على حسب ما يليق به ففي بيع العين انما توجد القدرة على تسليمه المبيع بوجود العين في ملكه وفي الدين توجد القدرة على التسليم بوجود امثاله في أيدي الناس وتصور وصوله اليه بأهلية التملك ، وهذا لأن المبيع دين فلا معنى لاعتبار وجود شئ في ملكه، لأن الدين واحد ملك شيئاً أو لم يملك فاعتبر لحصول القدرة على التسليم وجود أمثاله في أيدى الناس أعني وجود أمثال الموصوف وتصور وصوله اليه .

وهذا لأن القدرة لما كانت بالمثل فسواء وجد في ملكه أو في أيدي الناس فالمثلية واحدة ، ولامعنى لاعتبار ملكه أصلاً والوصول اليه ليسلمه بعد ان وجد في نفسه لايكون فيه كثير اختلاف فسواء كان في ملكه فيصل اليه فيسلمه أو في ملك غيره فيحصله فيسلمه فتتحقق القدرة في الموضعين .

وقولهم : " انه لابد من زمانٍ ليحصله " .

قلنا : هذا الكلام بناء لهم على ان السلم عقد الفقراء ، واذا كان معدماً فقيراً فلابد من زمان التكسب ، ونحن اذا لم نوافقهم على هذا الأصل على ما سبق بيانه أعرض عن فقره وغناه واعتبر الوجود وتصور السبب منه للوصول وزمان مباشرة السبب ليحصّله مثل زمان إحضاره ليسلمه ولايعتبر ذلك ، كذلك ههنا .

بقى لهم التعلق بالخبر وهو ان الشرع سمى السلم رخصة " .

قلنا : لانعرف صحة الخبر على ما ادّعوا ونقلوا ، وعلى انه وان نُقِلَ فليس من شرط كون الشئ رخصة وجود العجز بدليل المسح على الخفين ، وهذا لأن الشئ يسمى رخصة اذا اطلق لنوع تيسير / وتسهيل على العباد ١١٧/أ ، وقد يعسر الاحضار وان كان في ملكه ويخاف فوت المشتري فجوّز له السلم وسمى رخصة ، لأنه مشروع لدفع مشقة وعسر ، وهذا الجواب ضعيف . لأنه بناء على ان معنى الخبر هو بيع غير المرائي وقبول السلم في الغائب عن مجلس العقد .

وقد ذكرنا اعتراضهم عليه فوجب الجواب المعتمد : هو أن الخبر وان ورد على ما قلتم لكن النظر في المعاني لايترك والأحكام مستخرجة من قواعد الشرع المؤسسة وقوانينه المقننة فنقول :

وجدنا البيع تمليك عين مملوكة والسلم تمليك موصوف في الذمة بايجابه ابتداءً ، والكل صحيح لقيام الدليل عليه ، والقدرة مشروطة على اللائق بكل واحد منهما وقد سبق هذا كله .

واذا ورد لفظ الشرع فيطلب له وجه صحة ولايترك هذا الأصل فنقول : " لفظ الرخصة محمول على السلم في المعدوم ، لأنا بينا ان القدرة على التسليم بوجود مثله في أيدي الناس فاذا لم يوجد فلا قدرة فينبغي ألا يجوز ، فالشرع

جوّز رخصة لوجود نوع حاجة اليه وصرب تسهيل وتوسيع وسمي رخصة ، لأن الحاضر قائم وهو العجز عن التسليم لفقد المثل وصار الأجل من شرطه ليقدر به على التسليم .

فأما فيما سوى هذه الصورة من عقود السلم فجائز على الأصل ولانسميه رخصة ، وهذا هو الأولى ، لأن العجز الذي أرادوا تحقيقه لايمكن بحيلة ما ، فانه كيف ما صوروا توهم القدرة لايرتفع ومع توهم القدرة لايتحقق العجز ، وهذا حرف في نهاية الإعتماد ، ولايبقى لهم على هذا كلام .

وأما في الصورة التي ذكرناها فقد تحقق العجز فاستقام معنى الخبر .

وقولهم : " انه بيع بأوكس الثمنين " .

قلنا : هذا اذا قبل مؤجلاً ، وأما اذا قبل حالاً فيبيع بالثمن الوافر مثل : ما اذا باع عيناً .

وأما طريقة مشايخهم :

فليست بشئ ، ويقال لهم : من أين قلتم لما اختص بالدين كان بحتمية الأجل ووجوبه ؟ .

ويدل عليه : الأثمان على أصولهم ،فإنها اختصت بالديون والأجل ليس بشرط .

ثم حقيقة الجواب :

ان السلم بيع دين فاذا أسلم في عين فَلِمَ يعقد السلم ؟ فلا ينعقد السلم ، لأن بيع العين غير ، وبيع الدين غير ونقول : -

اذا اعتبر المعاني في العقود لاصور الألفاظ اذا أسلم في عين وأشار اليها يجوز بيعاً فليس لما قالوه معنى ، ويمكن أن يقال انما اختص بالدين ليقبل الأجل ، وما قالوه كان طلب فائدة ، وهذه فائدة .

وقد قال بعضهم : لما شرط قبض رأس المال وهو أقصى مراتب الأعيان فيشترط

تأجيل المسلم فيه ليكون على أقصى مراتب الديون ، وهذا باطل ، وكيف يصح طلب هذه المقابلة ، وبالاجماع رأس المال يصلح عينا الى ان يحضره ويسلم ، وعلى ان قبض رأس المال شرط للفظ السلم وهو يقتضيه ، وليس في لفظه ما يقتضى تأجيل المسلم فيه فترك على الأصل ، والأصل في الديون الحلول ، والأجل بعارض شرط . والله تعالى أعلم بالصواب .

﴿ مسألة ﴾

السلم في الحيوان عندنا صحيح .[١]

وعندهم : باطل .[٢]

لنا :

حديث عبد الله بن عمرو أن رسول الله ﷺ جهز جيشاً فعزّت[٣] الابل فأمرنى ان اشترى بعيراً ببعيرين الى أجل ... "[٤]

وهذا نص ، وليس لهم تأويل إلاّ الحمل على النسخ فلايجوز إلاّ بدليل قاطع .

---

(١) الأم : ١٠٣/٣ ، المهذب : ٣٩٣/١ ، الروضة : ١٨/٤ ، المنهاج : ١١٠/٢ ، النكت ورقه ١٤٦/ب ، معالم السنن : ٦٥٣/٣ ، الحاوي : ٣٩٩/٥ .

(٢) مختصر الطحاوي ص ٨٦ ، مختصر القدوري : ٢٨٠/١ ، المبسوط : ١٣١/١٢ ، الاسرار : ١١٢/٢/أ (مراد ملا) البدائع : ٣١٦٦/٧ ، رؤوس المسائل ص ٢٩٩ .

(٣) فعزت : أي قَلّتْ فلا تكاد توجد فهي عزيزة .
انظر : القاموس المحيط مادة (عَزّ) .

(٤) رواه ابو داود في سننه : ٦٥٢/٣ ، ٦٥٣ ، باب في الرخصه في الحيوان بالحيوان نسيئة . والدارقطني في سننه : ٧٠/٣
وأحمد في مسنده : ١٧١/٢ ، ٢١٦ .
والحاكم في المستدرك : ٥٧/٢ وقال : " هذا حديث صحيح على شرط مسلم ولم يخرجاه " .
والبيهقي في سننه : ٢٨٧/٥ ، ٢٨٨ باب بيع الحيوان وغيره مما لاربا فيه .

وروى مثل مذهبنا عن علي [١] وابن عباس [٢] وابن عمر [٣] رضي الله عنهم .

وقد روى ان النبي ﷺ نهى عن السلف في الحيوان ...... " [٤]

ورووا ان النبي ﷺ نهى عن بيع الحيوان بالحيوان نسيئاً .... " [٥]

والأول : لايثبت [٦] ، ولو ثبت لقلنا به .

---

(١) ذكر ذلك في الأم : ١٠٣/٣ ، النكت ورقه ١٤٧/أ .

(٢) ذكر ذلك في الأم : ١٠٣/٣ ، النكت ورقه ١٤٧/أ .

(٣) المصدرين السابقين .

(٤) رواه الدارقطني في سننه : ٧١/٣ .

والحاكم في المستدرك : ٥٧/٢ ، وقال : " صحيح الاسناد ولم يخرجاه " .

وفي اسناده " اسحاق بن ابراهيم بن جوتي " قال فيه ابن حبان : " منكر الحديث جدا يأتي عن الثقات بالموضوعات ، لايحل كتب حديثه الا على جهة التعجب ... " ا . هـ المجروحين : ١٣٧/١ ، ١٣٨ .

(٥) رواه الدارقطني في سننه : ٧١/٣ .

وأبو داود في سننه : ٦٥٢/٣ مع المعالم ، باب بيع الحيوان بالحيوان نسيئة .

وابن ماجة في سننه : ٧٦٣/٢ ، باب الحيوان بالحيوان نسيئة .

والنسائي في سننه : ٢٥٧/٧ ، باب بيع الحيوان بالحيوان نسيئة .

والدارمي في سننه : ٢٠٤/٢ ، باب في النهي عن بيع الحيوان بالحيوان .

والترمذي في سننه : ٢٤٦/٥ مع العارضة ، باب ما جاء في كراهية بيع الحيوان بالحيوان نسيئة وقال : " هذا حديث حسن صحيح " .

(٦) انظر : حاشية (٤) .

وقيل : انه رواية عبد الملك [١] الذماري [٢] ولايعرف ، وقد حمل على السلم في حبل الحبلة [٣] وقد كانوا يعتادون ذلك .

والخبر الثاني : حمل على النسأ من الجانبين . [٤]

والجملة ان الاخبار وأقوال الصحابة فيها تتعارض فنصير الى القياس فنقول : أسلم في مضبوط وصفه مقدور على تسليمه أو مبيع معلوم مقدور على تسليمه فيجوز كما لو باع عينا ، والتعليل لما اذا باع ديناً ، ولاخلاف في هذه الجملة انها اذا وجدت صح السلم .

وإنما الكلام في اثباته فنقول : المعتبر في إعلام المسلم فيه هو الأوصاف الظاهرة التي يتيسر معها التسليم لاتساع وجود المسلم فيه بتلك الأوصاف ، وأما الأوصاف الباطنة في الحيوان ، وما سبق ذكره ، ونفي الحرج في / ١١٧/ب اعتباره فساقط وانما اسقطنا ذلك ، لأن الأوصاف الباطنه في الحيوان لايوقف عليها بالنظر والعيان فضلاً عن الوصف ومع ذلك يجوز بيع الحيوان عيناً ، ومايسقط في بيع العين فهو ساقط في بيع الدين ، ولأن المقصود من ذكر الأوصاف وجود سهولة التسليم فيما يؤدي اعتباره وذكره الى الحرج يسقط ولم يعتبر ، لأن الله تعالى اسقط الحرج في العبادات فكيف في المعاملات ؟ .

والدليل على هذا الأصل الذي ادعيناه صحة السلم في الثياب فان دقائق

---

(١) عبد الملك بن عبد الرحمن الذماري الأنباوي صدوق وكان يصحف ، روى له أبو داود والنسائي ، انظر : التقريب ص ٢١٩ .

(٢) في المخطوط (النهاوندي) والتصويب من سنن الدارقطني والمستدرك للحاكم .

(٣) في حاشية المخطوط (حبل الحبلة) نتاج النتاج .

(٤) قاله الخطابي في المعالم : ٣/٦٥٣ .

صفاتها خصوصاً في الديباج المنقشة لايأتي عليها الذكر ، ولهذا المعنى عُدّ من ذوات القيم في الإتلاف ولم يعد من المثليات ولكن اعتبر الصفات الظاهرة التي نذكرها يسهل وجود المسلم فيه وتيسير تسليمه ، وما كان اعتباره يؤدي الى الحرج فانه يسقط ، كذلك هاهنا .

واذا تمهدت هذه القاعدة فنقول :

الحيوان له صفات ولتلك الصفات آسامي في فنون اللغات وهي أسامي معلومة دالة على معاني مفهومة فاذا ذكرت تلك الأسامي فهمت تلك الصفات والمعاني، فصار الموصوف متيسر الوجود وامكن فيه التسليم فالتحق بالعين القائمة الموجودة في أمر جواز العقد عليه وتعيّن صورة ليصير ما أجملناه مفهوماً فنقول :

الحيوان مشتمل على أجناس فاذا ذكر البعير صار معلوم الجنس ثم هو مشتمل على أنواع فاذا قال : بختي صار معلوم النوع ثم هو يشتمل على أسنان فاذا قال : حقة أو بنت مخاض صار معلوم السن ثم هو يشتمل على ألوان فاذا قال : أحمر أو أسود أو أورق صار معلوم اللون ثم هو يشتمل على أنساب معلومة فيما بين أهلها فاذا قال : من تجار كذا صار معلوم الأصل ثم هو يشتمل على صفات من السمن والهزال والوسط ، فإذا قال : سمين أو مهزول لصار معلوم هذا الوصف فلا يبقى له بعد ذلك الا ما هو ساقط اعتباره .

وأما حجتهم :

قالوا : { أسلم في مختلف فلايجوز ، كما لو أسلم في اللآلئ والجواهر ، وكالسلم في الخلفات والأكارع والرؤوس }[1] والجلود .

---

(١) ما بين القوسين من الاسرار : ٢/١١٢/ب (مراد ملا) .

ودليل الوصف أن الحيوان مختلف حكماً وحقيقة : ـ

فأما الحكم : فإنه لايضمن بالمثل ، وإنما لم يضمن بالمثل لاختلافه .

وأما الحقيقة : فلأن للحيوان صفات لايأتي عليها الذكر ، وتختلف المالية بها من الكياسة والهداية والملاحة والأمانة وخفة الروح وحسن الخلق وغير ذلك في العبيد ، وكذا في سائر الحيوانات من الابل والخيل فان طباعها واخلاقها في غاية الاختلاف وان كان من جنس واحد ولايتصور ان يأتي عليها الذكر ، وعلى انه اذا استقصى في وصفه يصير عديم النظير عزيز الوجود والمسلم فيه ينبغي أن يكون سهل الوجود كثير الأمثال حتى يجوز باعتباره عقد السلم .

يبينه : انه اذا اختلف المسلم فيه هذا الإختلاف فيقع المتعاقدان في منازعة عظيمة لاتنقطع ، لأن هذا يطلب الأعلى وذاك يبذل الأدنى ولايهتدي القاضي الى الفصل بينهما ، لأنه ليس الأخذ بقول احدهما بأولى من الأخذ بقول الآخر ، والوصف المذكور شامل على مايطلب هذا ويبذله الآخر فقد تمكنت جهات مؤدية الى المنازعة في هذا العقد فيفسد به العقد .

قالوا : وخرج على هذا اذا باع الحيوان عينا ، لأنه وان وجد فيه صفات لايأتي عليها علم المتعاقدين لكن هذه الجهالة لاتمنع جواز العقد ، لأن الجهالة لعينها لاتفسد العقود ، وانما يفسد العقد ، لأنها تفضي الى المنازعة بين المتعاقدين من غير دليل على ترجيح قول احدهما ، وهذا المعنى يوجد اذا باع الحيوان دينا فاما اذا باع عيناً فلايوجد ذلك ، لأنه يسلم ما عيّنه بالعقد فلا يبالي بالجهالة .

قالوا : وأما الثياب فانما جاز السلم فيها بشرط الإستقصاء في وصفها واذا استقصى في وصفها لايبقى بعد ذلك إلاّ مالايبالي به ولايصير عديم النظير، لأنه من صنعة العباد وصنعتهم بآلة واحدة فيخرج الشئ من صنعتهم على صفة واحدة ، وهذا لأنه احتراف والمحترف يعمل الأشياء على نهج واحد .

وأما الحيوان من صنع الرب عزّ اسمه وهو تعالى يخلق الأشياء بلا آلة ولا لزوم طريق ومنهاج بل على ما يريده ويختاره ، واذا خلق حيواناً على صفة بمشيئة لاندري انه شاء خلق هذا الحيوان من ذلك الجنس على صفة الأول ، بل نقطع على الإختلاف ، / لأن اظهار القدرة في خلق المختلف أكثر ١١٨/أ وهي فيه أبين فاذا استقصى في وصف الحيوان فلاشك انه يصير عديم النظير ، واذا لم يستقص بقى مختلفاً مجهولاً فصار العقد متردد بين طرفي الفساد فلم يتصور جوازه .

وقال أبو زيد [(١)] أيضاً :

الأشياء على ثلاثة أنواع متماثل كالمكيل والموزون ، ومتفاوت كالحيوانات ، ومتقارب على معنى انه يقرب من المتماثل وهي الثياب ، وبيان القرب ان الوصف يأتي على عامة صفات الثياب ولايبقى إلاّ اليسير الذي لايعتبر ، بخلاف الحيوان فانه متفاوت بكل حال .

قالوا : وأما ثبوت الحيوان صداقاً في الذمة فليس لمكان وجود العلم بالوصف فان عندي يثبت الصداق في الذمة مجهولاً .

فانه وان لم يصف العبد اذا تزوج على عبد ثبت الوسط منه صداقاً ، وكذلك في الثوب الهروي والمروي إلاّ انه اذا ذكر الحيوان أو الثوب تفاحش الجهالة فلايحتمل ، واذا ذكر العبد أو الثوب الهروي تقل الجهالة ، لأن في الصورة الأولى المذكور يشتمل على أجناس مختلفة بخلاف الصورة الثانيه .

وأما ثبوت المجهول صداقاً ، فليس هذه المسألة ، انما هي مسألة أخرى

---

(١) انظر : الاسرار : ١١٣/٢/أ (مراد ملا) .

تعرف في ربع النكاح في الأوساط [١]، وهذا لأن المال تبع في النكاح فالاختلاف الذي يوجب اختلاف المالية يجوز أن يعرض عنه من وجه .

وأما في البيع فالمال أصل فيه فالإختلاف الذي يوجب اختلاف المالية يكون مانعاً من جوازه .

وقد قال كثير من مشايخهم : ان الحيوان لايثبت في الذمة بدلاً عن ما هو مال بدليل ما لو ضرب بطن أمةٍ فألقت جنيناً لايجب الحيوان ، واذا ضرب بطن حرة فألقت جنيناً يجب الحيوان وهو الغرة ، وههنا لو ثبت ثبت بدلاً عما هو مالٍ فلم يجز .

الجواب :

قولهم : " انه اسلم في مختلف " .

قلنا : نعم ، قبل الوصف ، فأما بعد الوصف فلا ، وهو كالثوب .

وقولهم : " ان الحيوان لايصير معلوماً بالوصف ، قد بينا انه يصير معلوماً .

وأما الحكم الذي تعلقوا به ، فيبطل بالثوب فانه من ذوات القيمة ويجوز السلم فيه ، وعلى ان في ضمان المتلف يعتبر أقصى الوصف ، ولهذا المعنى لو اتلف حنطة جيدة فأتى بما ينطلق عليه اسم الجيد لايجبر على القبول ما لم يكن موافقاً للمتلف في صفة الجودة ، بخلاف السلم فإنه لو أسلم في جيد فأتى ما ينطلق عليه اسم الجيد يجبر على قبوله ، والمعروف في المعنى ان ضمان الإتلاف ضمان جبر ولايقع الجبر إلاّ بعد الإتفاق من كل وجه وهذا واجب بالعقد فيعتبر وجود الخروج عن المشروط فحسب وبالأدنى يوجد الخروج عن المشروط .

---

(١) الاوساط : كتاب للمؤلف في مسائل الخلاف .

وأمـا الذي ادّعـوا انه حقـيـقة فـقـد ذكـرنا ان تلك الصـفـات التي لا يأتي عليـهـا الذكر غير معتبرة ، وفيما قلناه جواب عن كلامهم .

وأما تعلقهم بحصول المنازعة بين المتعاقدين ، فليس بشئ ، لأن الصفات المذكـورة منزلة على أوائل الدرجـات فـسـقطت المنازعـة ، وهذا كـالمنازعـة بين المتعـاقدين في الجيـد والجيد لايعـتبر واذا جاء بما ينطلق عليـه اسم الجيـد وجب القبول .

وأما التعلق بالثياب ، فقوى جداً .

والذي قالوا : ان الاستقصاء شرط .

قلنا : الأولى ان يعتبر في ذكر الأوصاف التي تسهل الوجود وأن لايعتبر الإستقصـاء ، لأنه يصر في الموضعين عزيز الوجود ، والمعتبر أن يكون واسع الوجود .

والذي قالوا : ان الثوب من صنعة العباد ، والحيوان من صنعة الباري .

قلنا : فـإذاً مـا قـالوه على العكس أولى لسعـة قدرة البـاري تعـالى ولضيق قدرة الخلق .

وأما الذي قالوا : ان الثياب تقرب من المتماثل " .

مجرد دعوى ، ويقال ان كان كذلك وجب ان يجب المثل في الإتلاف كالعدديات المتقاربة .

وأما كلامهم على الصداق .

فضعيف لكنا نعتمد في الشبه باعتبار الحيوان بالثياب وهو الأولى فان المبالغة في التعلق بالصداق يرجع الى مسألة أخرى غير هذه المسألة كما قالوا .

واما الذي قالوا : من اللآلئ والجواهر .

فهي مختلفة جدا ، وهذا لأن قيمتها بصفائها ونورها ، وليس لدرجاتها أسامي

يأتي عليها الذكر ، ولهذا لاتثبت في الذمة صداقاً واذا ذكر ذلك في الصداق وجب مهر المثل بخلاف مسألتنا ، والصداق في هذا الموضع حسن للتعلق به .

أما الخلفات ، فاذا قلنا ان الحمل يُعرف يجوز السلم فيها ، وعلى ان/ ١١٨/ب عدم الجواز كان لعزة الوجود فان الحوامل وان اتسع وجودها في الحيوانات لكن حامل على الوصف المذكور يعز وجوده .

وأما الأركاع والرؤوس والجلود فنقول :

ان ضبط بالوصف جاز وإلاّ فلا .

والكلام الذي تعلق مشايخهم :

فليس تحته طائل ، وانما صرنا في جنين الحرة الى الحيوان بالنص ، ولولاه لم نصر اليه على ان المضمون عندكم الدم في الجناية على الرقيق فكيف يقال وجب في مقابلة ما هو مال في المسألة المستشهد بها وهي اذا ضرب بطن أمة فالقت جنيناً ميتاً ؟، وعلى انه يبطل الأصل الذي قالوه بمسألة نصّوا عليها وهي اذا اعتق أحد الشركين العبد وهو موسر فصالحه الشريك الثاني على حيوان في الذمة يجوز ، وان كان بدلاً عن ما هو مال ، لأن حقه المال فانه صالح عن نصبه وهو مال ، والله تعالى أعلم بالصواب ، وبه الحول والقوة .

﴿ كتاب الرهن ﴾

مسألة :

رهن المشاع عندنا صحيح .[١]

وعندهم : باطل .[٢]

لنـــا :

ان المشاع والمفرز واحد في موجب عقد الرهن فكانا سواء في قبول عقد الرهن فنقول : ما تحقق فيه موجب عقد الرهن صح فيه الرهن كالمفرز ، وانما قلنا ذلك لأن موجب عقد الرهن هو تعليق الدين بالعين على معنى تعيينه لاستيفاء الدين منه فكل مال امكن تعلق الدين به على هذا المعنى يصح رهنه .

وهذا أصل مطرد فان ما يقبل موجب البيع يكون محل البيع وما يقبل موجب الهبة يكون محل الهبة ، كذلك هاهنا ما يقبل موجب الرهن يكون محل الرهن ، ثم الدليل على ان موجب عقد الرهن ما قلناه ان عقد الرهن وثيقة لجانب الاستيفاء .

---

(١) الأم : ١٦٨/٣ ، مختصر المزني مع الام : ٢١٠/٢ ، المهذب : ٤٠٧/١ ، الروضة : ٣٩/٤ ، المنهاج مع المغني : ١٢٢/٢ ، النكت ورقه ١٤٩/ب ، الحاوي : ٢١٨/٦.
وهو قول مالك وأحمد .
انظر : الاشراف للبغدادي : ٢/٢ ، قوانين الاحكام ص ٣٥١ ، أحكام القرآن لابن العربي : ٢٦١/١ ، الافصاح : ٣٦٧/١ ، المغني : ٤٥٦/٦ .

(٢) مختصر الطحاوي ص ٩٢ ، مختصر القدوري : ٢٩٤/١ ، المبسوط : ٦٩/٢١ ، الهداية مع تكملة فتح القدير : ٥٢/١٠ ، رؤوس المسائل ص ٣٠١ أحكام القرآن للجصاص : ٥٢٤/١.

ألا ترى انه لايصح الرهن إلاّ في عين تحقق منها استيفاء الدين .

وحقيقة الوثيقة ثبوت زيادة حق من جنس ما كان ثابتاً من قبل زيادة عليه ، ألا ترى ان الكفالة لما كانت وثيقة لجانب الوجوب كانت حقيقتها ثبوت زيادة حق من جنس ما كان ثابتاً من قبل زيادة عليه ، والثابت في جانب الوجوب حق في ذمة مَنْ عليه ثم ازداد هذا الحق بثبوت حق من جنسه في ذمة الكفيل كذا في مسألتنا والثابت له في جانب الإستيفاء هو المطالبة ليصل اليه عين حقه فوجب ان يكون حقيقة الوثيقة في هذا الجانب ثبوت زيادة من جنس حقه ليصل بها الى عين حقه زيادة على ما كان من قبل وليس إلاّ المطالبة بايفاء الدين من عين مخصوصة لم تكن من قبل وهو عين الرهن .

ووجيز العبارة عن ما قلناه ان موجب عقد الكفالة ثبوت واجب على واجب ليتأكد به الواجب الأول ، كذلك موجب الرهن زيادة مطالبة على مطالبة ليتأكد بها الأول ففي الكفالة كان يجب في ذمة واحدة ، والآن يجب في ذمتين ، وفي الرهن كان يطالب بالإبقاء على الإطلاق والآن يطالب كذلك ، ويطالب أيضاً بالإيفاء من عين مخصوصة .

وإذا ثبت هذا الأصل فنقول : المشاع والمغرز في هذا المعنى سواء فوجب أن يكون جواز العقد عليها على السواء .

ونستدل من حيث الحكم بما اذا رهن عيناً من رجلين فانه يجوز ، ومعلوم انه في هذه الصورة قد رهن من كل واحد منهما النصف ، كما لو باع عيناً من رجلين يجوز ، ومعلوم انه في هذه الصورة باع من كلٍ منهما النصف فيتحقق رهن المشاع في هذه الصورة وقد حكموا بصحته .

يبينه : انه لافرق في المعنى ان تقول : رهنتُ العبد منكما ، وبين أن تقول : رهنت العبد منكما النصف من هذا والنصف من هذا ، وقد حكموا بصحة العقد

في الصورة الأولى ، وبطلانه في الصورة الثانية مع استوائهما معنى ، فهو مناقضة .
يدل على ما ذكرنا ان حقيقة الإستيفاء في المشاع صحيح ، وكذلك وثيقة الإستيفاء فانه لو كان على انسان خمسمائة درهم فدفع ألفاً إليه لتكون خمسمائة عن حقه ، وخمسمائة عن قراض أو وديعة فانه يجوز .

/ **وأما حجتهم** : ١١٩/أ

قالوا : موجب عقد الرهن ملك اليد ، وربما يقولون حبس دائم ، والدليل عليه ان الرهن في اللغة مأخوذ من الحبس [١] ، قال تعالى : ﴿ كُلُّ نَفْسٍ بِمَا كَسَبَتْ رَهِينَةٌ .... ﴾ [٢] اي محتبسة بعملها .

قال الشاعر : [٣]

وفارقتُـــكِ برهنٍ لا فِكَاكَ له ... يوم الوداع فأمسى الرهن قد غَلِقاَ

فسمى احتباس القلب بالحب رهناً ، واذا ثبت انه مأخوذ من الحبس فكان حكمه الحبس ، لأن اسامي العقود دالة على أحكام العقود .
ألا ترى ان اسم الكفالة مأخوذ من الضم ، والحوالة من التحويل ، والصرف من تبديل اليد باليد ، فكان احكام هذه العقود ما تقتضيها آساميها ، كذلك هاهنا ، وهذا فصل يعتمدونه .

قالوا : ولأن الرهن وثيقة .. هي لجانب الإستيفاء فكان الثابت به من جنس

---

(١) مادة (رهن) المصباح المنير .

(٢) سورة المدثر آية (٣٨) .

(٣) هذا البيت لزهير بن أبي سلمى . انظر : ديوانه ص ٦٣ .

ما ثبت بحقيقة الاستيفاء كالكفالة .

وربما يقولون كان الثابت له بعض ما ثبت بحقيقة الإستيفاء .

وبيان هذا : ان في الكفالة يكون الثابت بعض ما يثبت بحقيقة الوجوب وهو المطالبة لاحقيقة الوجوب ، فان الثابت في الأصل دين في ذمته يطالب به فبالكفالة تثبت المطالبة دون الوجوب ، لأن الواجب في ذمة لايثبت في ذمة أخرى والشئ الواحد لايكون له محلان كذا بالرهن يثبت بعض ما يثبت بحقيقة الإستيفاء ، والثابت بحقيقة الإستيفاء ملك العين وملك اليد ، فثبت به بعض ما ثبت بحقيقة الاستيفاء وهو ملك اليد .

وربما يقولون : من جنس ما ثبت بحقيقة الإستيفاء كالكفالة ، فان بالكفالة يثبت وجوب من جنس ذلك الوجوب ، كذلك هاهنا يثبت استيفاء من جنس ذلك الإستيفاء إلاّ انه لايمكن اثبات ملك العين ، لأنه يكون حينئذ حقيقة الإستيفاء فاثبتنا ملك اليد ليكون الثابت بالرهن من جنس ما يثبت بحقيقة الإستيفاء من هذا الوجه .

قالوا : وأما قولكم : " ان موجبه تعليق الدين بالعين " .

فهذا لايعرف .

وأما التفسير الذي قلتم ، فلايجوز أن يكون موجب الرهن في الأصل ، لأن موجب العقد ما يتعقب العقد كما يكون في سائر العقود والذي يتعقب العقد هو الحبس .

وأما الذي قلتم انه موجب العقد ، فلايتعقب العقد وانما يظهر بعد مدة ، ولأن العاقد يثبت بالعقد للغير ما كان ثابتاً له والثابت له ملك اليد ، فأما تعليق الدين بالعين أو استيفاء الدين من العين ما كان ثابتاً له حتى يثبت للمرتهن بالعقد .

قالوا : وقد دل على هذا الأصل الذي ادعيناه قوله تعالى ﴿ فَرِهَانٌ مَقْبُوضَةٌ ﴾ (١) .

وهذا مثل قولهم : " هبة مملوكة ومبيع مملوك ، دل أنه موجب .

وقالوا : ولايحمل هذا على القبض الأول ، لأنا قد استفدنا هذا بقوله : « فَرِهَانٌ » (٢) ، لأن الرهن لايكون رهناً إلا بالقبض فقوله : « مقبوضة » لبيان أن اليد موجب العقد ابتداءً .

قالوا : ولايجوز أن يقال إذا قلتم إن موجبه إذا كان ملك اليد فأيش فائدته؟ .

قالوا : فائدته ثبوت الإستيفاء حكماً إن هلك أو حقيقة الإستيفاء إن لم يهلك ويبقى (٣) فصار الثابت بالرهن وثيقة إستيفاء يوصل إلى حقيقة الإستيفاء.

وقال بعضهم : فائدة حصول الأمر عن هلاك الدين بالجحود .

قالوا : وهذا معتاد ، لأن الإنسان إنما يأخذ الرهن إذا خاف الجحد .

يدل عليه : إن الله تعالى أقام الرهن مقام الشهادة بقوله تعالى : ﴿ ولَمْ تَجِدُوا كَاتِباً فَرِهَانٌ مَقْبُوضَةٌ ﴾ (٤) والشهادة وثيقة الأمن بها عن جحود الدين كذلك ههنا إلا أنه مع هذا لايجوز رهن المدبر وأم الولد ، لأنه وثيقة لحصول الأمن ويفضي بها إلى حقيقة الإستيفاء، لأنه لما كان وثيقة لجانب الإستيفاء فلابد

---

(١) ، (٢) سورة البقرة آية (٢٨٣) جزء من آية .

(٣) كذا في المخطوط .

(٤) سورة البقرة آية (٢٨٣) .

وان يفضي الى حقيقة الإستيفاء ، وذلك لايوجد الاّ في الثمن .

وإذا ثبت هذا الأصل الذي قدمنا فلا يجوز الرهن في المشاع ، لأن المشاع لايكون محلاً بنفسه لحقيقة اليد انما يتصور قبضه بغيره اما بنفسه فلا ، والرهن معقود لليد فلا يصح الاّ في محل يتصور فيه بنفسه حقيقة اليد ، فأما إذا لم يتصور فلا يصح العقد لأن مالايكون محلاً لموجب العقد بنفسه لايكون محلاً للعقد .

وخرج على هذا القبض في الهبة في مشاع لايحتمل القسمة لأن موجب العقد هناك الملك لا اليد ، وكذا في البيع .

وأما / القبض في الهبة متمم للعقد ، وفي البيع مؤكد للعقد ١١٩/ب فاعتبر تصور وجود القبض في الجملة ، والمشاع قد تصور قبضه في الجملة بقبض الكل .

وأما في مسألتنا فاليد موجب العقد فتعتبر في صحته ان يكون المحل قابلاً للموجب بنفسه ، وصار نظير مسألتنا النكاح فانه لاينعقد في المشاع ، لأنه لايكون محلاً للحل بنفسه بحال .

وحرروا وقالوا : عقد أضيف الى محل لايقبل موجبه فلاينعقد فيه .

دليله : النكاح الاّ ان في النكاح يجعل نكاح بعض المرأة كنكاح الكل بدليل قام لنا فيه ، وهاهنا لانجعل ذلك لعدم الدليل .

وأما الموضعان فاستويا في ان المشاع لم يكن محلاً لواحد منهما .

قالوا : وخرج على ما قلناه حقيقة الإستيفاء في المشاع فان موجب حقيقة الإستيفاء هو الملك ، والمشاع محل الملك بنفسه ، وموجب الرهن ههنا اليد، وقد بيّنا ان المشاع لايقبله بنفسه .

قالوا : وليس يلزم على الأصل الذي قلناه إذا رهن من رجلين لانه

لايجوز في المشاع وانما يجوز في الكل ويصير من حيث الحكم كأنه رهن من كل واحد منهما جميع المحل ، ولهذا نقول :

لو قضى دين احدهما فللآخر ان يمسك جميعه رهناً ، وهذا لأن العقد واحد وقد ورد على محل يقبل موجبه فيصح لهذا وفي مسألتنا قد ورد على محل لايقبل موجبه .

قالوا : وان عبّرنا عن الموجب بالحبس الدائم فهناك الحبس دائم لكل واحد من المرتهنين ، لأن كل واحد منهما ممسك في يومه لنفسه ولصاحبه نيابة عنه ، وفي مسألتنا لايمكن التقدير لأن المالك لايجوز أن يقال انه يمسك لنفسه وبالنيابة عن المرتهن ، لأن من حقه بالملك لايكون نائباً عن أحد ، ولهذا في الابتداء لو تواضعا على أن يكون الرهن عند أحد المرتهنين يجوز ، ولو تواضعا على أن يكون عند الراهن لايجوز .

قالوا : ولايدخل على هذا إذا اعار المرتهن من الراهن ، لأنا نعني بالحبس الدائم استحقاق الحبس ، وفي صورة الإعارة الإستحقاق قائم ، الا ترى انه يسترد متى شاء بخلاف مسألتنا ، فان الراهن إذا استرد ليمسك المرهون في يومه يبطل استحقاق المرتهن حتى لايجوز له ان يسترده .

وربما يقولون : في الحبس اضجار الراهن ومبادرته الى قضاء الدين ، وهذا مقصود في العادات .

قالوا : وأما الإشاعة الطارئة فعندنا يفسد عقد الرهن واستقروا على منع هذا.

الجواب :

أما قولهم : " ان موجب عقد الرهن ملك اليد أو الحبس " .

قلنا : " قد بينا الموجب ، ودللنا عليه .

وأما ما تعلقوا به من اللغة فقد قال الفراء :[١]

هو من الدوام والثبوت يقال لكل شئ دام وثبت فقد رهن ، ويقال : ماء راهن أي دائم ، ومنه الحالة الراهنة لثبوتها .

وقال ابن عروة[٢] : " الرهن في كلام العرب هو الشئ الملزوم "[٣]

ونحن نقول : ان الرهن ملزوم فيه الحق ، وقوله تعالى : ﴿ كُلُّ نَفْسٍ بِمَا كَسَبَتْ رَهِينَةٌ ﴾[٤] أي ملزومة فإذا كان مأخوذاً من الدوام واللزوم فالحق الذي ذكرناه عندنا دائم ثابت لازم فلم يبق لهم في الإشتقاق حجة على أنا وان سلمنا انه مأخوذ من الحبس فالحكم الشرعي للعقد لايجوز ان يؤخذ من قضية اللغة فالشرعي انما يؤخذ من دليل الشرع ، لأن دليل الشرع أقوى من قضية اللغة ، وقد اقمنا الدليل على ما قلنا فصار ما قلناه أولى .

وأما قولهم : " ان الرهن وثيقة لجانب الإستيفاء " .

قلنا : مسلم ، ولكنا الوثيقة فيما قلنا لافيما قلتم .

وأما قولهم : " وجب ان يكون الثابت به بعض ما يثبت بحقيقة الإستيفاء " .

قلنا : فلا تكون وثيقة إذاً ، لأن وثيقة الشئ غيره فينبغي أن تكون وثيقة الإستيفاء غير الإستيفاء حتى تكون وثيقة له، فإذا كان بعض الإستيفاء

---

(١) انظر : اللسان مادة (رهن) .

(٢) كذا في المخطوط ، وفي اللسان (ابن عرفة) انظر مادة (رهن) .

(٣) في اللسان (الشئ الملزم) .

(٤) سورة المدثر آية (٣٨) .

يكون عينه وإذا كان عينه فلا يكون وثيقة له .

وقولهم : " وجب ان يكون من جنس ما يثبت بحقيقة الإستيفاء " .

قلنا : الثابت بحقيقة الإستيفاء هو الملك ، والوثيقة لاتكون من جنس الملك ، ونقول أيضاً الثابت بحقيقة الإستيفاء ملك العين وملك اليد ثمرته فلا تكون من جنس ملك العين ، وان قلتم صورة يد الرهن مثل صورة الملك ، فالصورة توجد في سائر الأيدي وليست من جنس يد الملك .

والحرف أن يقال لهم : أيش هذه اليد ؟ فان قالوا : وثيقة ، يقال لهم أين الوثيقة في هذه الصورة ؟ فان قالوا : وثيقة الأمن من الجحود .

قلنا : هذا وثيقة لظرف الوجوب ، لأن الجحود ينفي الوجوب والرهن وثيقة لجانب الإستيفاء ، فأيّ وثيقة فيه للإستيفاء ؟ فإن / قالوا : ١٢٠/أ ليستوفى عينه بحقه ، فبالإجماع لايجوز .

وان قالوا : ليستوفى حقه من ماله فهو الذي قلناه .

وعندي انه لايمكنهم بيان وثيقة ما لجانب الإستيفاء إذا جعلوا موجب الرهن ملك اليد فافهمه ، فإنه معتمد مسكت .

وأما فصل الكفالة فقد جعلناه دليلاً عليهم .

وقولهم : انه يثبت المطالبة " .

قلنا : بلى ، ولكن بعد الوجوب في ذمة الكفيل ، لأنه لايتصور مطالبة الإ بعد تقدم وجوب .

فإن قالوا : كيف يتصور وجوب دين واحد في ذمتين ؟

قلنا : يتصور على معنى انه يجعل الدين كدينين حكماً لوجوبه في ذمتين ، ولهذا المعنى على أصلهم يمنع وجوب الزكاة على الكفيل كما يمنع وجوبها على الأصيل .

وإذا ثبت الوجوب فإذا كانت الوثيقة في الكفالة بزيادة حق الوجوب فليكن الوثيقة في الرهن بزيادة حق الإستيفاء ، وعلى انا نقول ان سلم لكم ان موجب الرهن هو ملك اليد أو الحبس تسليم جدل ، فلم قلتم انه لايجوز في المشاع ؟ .

وقولهم : " ان المشاع لايصح فيه القبض بنفسه " .

قلنا : قبض المشاع متصور ، لأن قبضه بقبض الكل ، الا ترى ان البيع والهبة صلحت اليد في المشاع متمماً للهبة ومؤكداً له فصلحت ههنا أيضاً حكماً للعقد وموجباً له ، وهذا لأن القبوض في الاشياء انما تتحقق على ما يتصور ويمكن ان يقال ان القبوض في الأشياء على العادات ، ثم يقال لهم : ان الحبس وان زال عن المشاع حساً ولكنه باقٍ حكماً ، لأن المالك والمرتهن إذا تهايئا في الحبس فانما يحبس المالك جميع العين في يومه في مقابلة ما حبس المرتهن جميعه في يومه فقد حبس إذاً كل واحد منهما النصف الذي لم يستحق حبسه ، لأن صاحبه حبس نصفه الذي كان حقاً له ، وإذا تحققت المقابلة من هذا الوجه فكان كل واحد منهما حابساً نصفه الذي هو حقه على الدوام مثل مالو تهايئا الشريكان في منفعة العين المشتركة يصير كل واحد منهما كأنه انتفع بنصفه الذي هو حق له على الدوام ولاتجعل معاوضة كأن كل واحد منهما انتفع بنصيب صاحبه عوضاً عن نصيب صاحبه على الدوام ، كذلك ههنا لايجعل كأن يد كل واحد منهما انقطع في يوم ووجد في يوم بل جعل كل واحد منهما ممسكاً نصف حقه على الدوام ، وهذا جواب في الجدال معتمد .

وأما الدي ذكروه أخيراً من التعلق بالأمن عن الجحود .

فد أجبنا وأيضا فان هذه الوثيقة بالشهادة توجد ، فأما الرهن فهو وثيقة على الجهة التي قدمناها لاغير .

وأما مسألة الرهن من الرجلين في نهاية اللزوم ، والذي قالوا : انه راهـــن من كل منهما على الكمال فهو طلب محال ، ولو جاز مثل هذا مقارناً جاز على التـعـاقب والتـوالي ، ولأن الرهن حق ملك فكما لاتتـصـور حـقـيـقـة الملك على مازعموا لايتصور حق الملك أيضاً . والله أعلم بالصواب .

﴿ مسألة ﴾

للراهن أن ينتفع بالمرهون عندنا .[١]

وعندهم : لاينتفع به أصلاً .[٢]

وانما يطلق للراهن عندنا منفعة لاتخل بحق المرتهن مثل خدمة العبيد وسكن الدار وما أشبه ذلك .[٣]

وعندهم : لاينتفع .[٤]

لنا :

ان المنافع على ملك الراهن واستيفاؤه اياها لايوجب تفويت حق المرتهن ولا ادخال نقص فيه فلا يمنع من استيفائها وهذا مستغن عن الأصل وان ارادوا أصلا له فهو منزلة تزويج الجارية المرهونة ، وكذلك علف الدابة المرهونة وسقيه اياها لما كان تصرفاً لايوجب تفويت حق المرتهن ولا ادخال نقص فيه لم يمنع منه .

---

(١) الأم : ١٤٥/٣ ، المهذب : ٤١١/١ ، النكت ورقة ١٥٠/أ ، المنهاج : ١٣١/١ مع المغني ، روضة الطالبين : ٧٩/٤ ، التهذيب : ٩٨/٢/أ ، الحاوي : ٢٠٦/٦ .

(٢) المبسوط : ١٠٦/٢١ ، البدائع : ٣٧٤٠/٨ ، اللباب للمنبجي : ٥٣٣/٢ ، رؤوس المسائل ص ٣٠٦ .

وهو قول مالك ، وأحمد . انظر الاشراف للبغدادي : ٧/٢ ، قوانين الأحكام ص ٣٥٢ المغني : ٥١١/٦ ، ٥١٥ ، الافصاح : ٣٦٨/١ .

(٣) المهذب : ٤١١/١ .

(٤) المبسوط : ١٠٦/٢١ .

وإنما قلنا : " ان المنافع على ملكه " ، لأن ملك الأصل سبب لملك المنافع ولم يوجد مايزيل ملكه عنها .

وأما قولنا : " انه لايوجب استيفاؤه نقصاً في حق المرتهن ولاتفويتاً " ، فلأن موجب عقد الرهن هو تعلق الدين بالعين استيفاء على الوجه الذي بينا ، وهذا المعنى لايمس المنافع فاستيفاؤها لايمسه أيضاً ، فلم يفت بالإستيفاء حق المرتهن ولا دَخلَهَ نقص فاطلق له ذلك لملكه اياها ، لأن الملك سبب مطلق لاستيفاء ما تناوله الملك والتصرف فيه .

وأما حجتهم :

قالوا : موجب عقد الرهن ملك اليد ، واستيفاء المنافع لايكون الاّ باليد فصار الإستيفاء لمنافع المرهون مفوتاً حق المرتهن فلايمكن منه .

والدليل على / ان موجب عقد الرهن ملك اليد ما سبق في المسألة ١٢٠/ب الأولى ، ولأن المرتهن احق بامساك العين من الراهن إذا مضت مدة الإنتفاع ، وكذلك في كل عين لاينتفع بها الاّ باستهلاكها مثل المكيل والموزون فلولا ان اليدَ حقُّه لم يكن أولى بالامساك من الراهن ، لأن المالك أولى بحفظ ملكه من كل أحد ، ولأن اليد معتبرة في الابتداء على انها موجب للعقد لا على انها متممة للعقد ، لأنه غير محتاج في تمامه الى القبض على ما يوجبه مذهبكم فان تعلق الدين بالعين كتعلقه بالذمة ثم تعلقه بذمة الكفيل يثبت بنفس العقد من غير قبض شئ ، كذلك في الراهن وجب أن يكون كذلك وحين وجب القبض دل انه وجب ، لأنه موجب العقد .

واستدلوا بالمبيع قبل القبض ، لأنه لايجوز للمشتري ان ينتفع به كذا في المرهون ، لأن كل واحد منهما محبوس بعقدٍ لاستيفاء مال .

قالوا : وليس كالأمة المزوجة حيث ينتفع بها السيد ، لأن المنع من الإنتفاع في مسألتنا لأجل يد المرتهن ولايد للزوج وانما له مجرد ملك الإستمتاع ، وليس في استخدام السيد جاريته المزوجة تفويت حق الزوج ولا ادخال نقص فيه فيما يرجع الى ملك الإستمتاع ، وفي مسألتنا بخلافه على ما سبق .

الجواب :

قولكم : " ان موجب عقد الرهن ملك اليد " .

ليس كذلك ، وقد سبق ان الكلام في موجب عقد الراهن في المسألة الأولى .

وقولهم : " ان المرتهن أحق بالقبض " .

قلنا : هي ، وان لم يكن موجب العقد لكنها موصلة الى الموجب فانه إذا كان المرهون في يد المرتهن بادر الراهن الى ايفاء الدين ، وأيضاً إذا جاء وقت البيع يرفعه المرتهن الى الحاكم حتى يبيعه فالشرع جعل المرتهن أولى باليد من الراهن ، لا انها موجب عقده ، ولكن لأنها وسيلة مفضية الى الموجب ثم انما يكون أولى إذا لم يعود الى ابطال معنى مقصود للراهن ، فأما إذا كان يؤدي الى تفويت مقصود يعرض عن الذريعة والوسيلة وَيُقَدَّمُ المقصود ، لأن اليد وان كانت ذريعة لحقه لكنها ليست هي المقصود ومادون المقصود لايعارض المقصود ، والمنافع هي ثمرات الملك والثمرات مقصودة .

وأما اصل القبض انما اعتبر ، لأن الرهن تبرع في حال الحياة فيعتبر قبض ما تبرع به لتمامه كالهبة ، وليس كالكفالة ، لأنه ليس فيها عين تقبض.

وأما المبيع قبل القبض فالتصرفات كلها في المبيع على القبض ليتم الملك بتمام سببه ثم يكون تصرفه في ملك تام ، وفي مسألتنا ملك الراهن قد كان تاماً ، وانما أوجب حقاً للمرتهن بالرهن ففيما وراء ذلك الحق هو باقٍ للراهن

على تمامه وكماله .

وأما المنافع التي يخل استيفاؤها بحق المرتهن مثل الوطء واللبس في الثوب فالعذر عنه ظاهر بالمعنى الذي ذكرناه وهو دخول النقص في حق المرتهن بذلك الإنتفاع وعدم دخوله في الإنتفاع الذي اختلفنا فيه .

والله تعالى أعلم بالصواب .

﴿ مسألة ﴾

عتقُ الراهن العبد المرهون باطل في القول المختار للشافعي .[١]

وعندهم : نافذ .[٢]

لنـــا :

انه باعتاقه مسقط حق المرتهن فلم يصح اعتاقه ، كما لو باعه .

فإن قالوا : يصح البيع عندنا فالقياس على البيع اللازم النافذ فانه نظير الإعتاق ، ونقول : تصرف مستفاد بالملك تضمن اسقاط حق المرتهن فلم يصح من الراهن .

دليله : البيع النافذ ، وهذا لأن حق المرتهن حق لازماً شرعاً بدليل ان الراهـــن

---

(١) عند الشافعية ثلاثة أقوال :

القول الأول : انه لايصح عتق الراهن وهو ما ذكره المؤلف .

القول الثاني : انه ينفذ ان كان موسراً ولاينفذ إذا كان معسراً .

القول الثالث : انه ينفذ بكل حال .

انظر : مختصر المزني مع الأم : ١٧٣/٣ ، النكت ورقه ١٥١/أ ، المهذب : ٤١٢/١ مغني المحتاج ١٣٠/٢ ، الروضه : ٧٥/٤ ، التهذيب : ٨٢/٢/ب .

قال الشيرازي في المهذب : " والصحيح انه ان كان موسرا صح وان كان معسراً لم يصح " .

وقال النووي في المنهاج : أظهرها ينفذ من الموسر ... " اهـ ، المنهاج ١٣٠/٢ .

وقال البغوي في التهذيب وهو الأصح .

(٢) مختصر الطحاوي ص ٩٣ ، مختصر القدوري : ٣٠١/١ ، المبسوط : ١٣٥/٢١ ، رؤوس المسائل ص ٣٠٥ ، البدائع : ٣٧٩٨/٨ .

لو أراد اسقاطه لايصح اسقاطه ، وكل تصرف يسقط حق المرتهن فهو كصريح الإسقاط ، ثم الدليل على انه بالإعتاق مسقط حق المرتهن ان حق المرتهن حق مالي وهذا مما لا اشكال فيه ولهذا أجرى فيه الإرث والإعتاق اسقاط المالية فصار بالاعتاق مسقطاً كل حق متعلق بالمال ويقال أيضاً المالية مشتملة على كل حقوقها فإذا كان الرهن حق مال ، والعتق اسقاط المالية فكان العتق مسقطاً للمالية بجميع حقوقها .

وقد قيل : ان حق المرتهن متعلق بالعين والعتق محله العين فإذا استويا في المحل فلابد وأن يلاقي العتق حقه بالإسقاط والأول أحسن .

ويدل عليه من حيث الحكم : ان الراهن يضمن قيمة العبد ليكون رهناً عند المرتهن ، وانما يضمن لأنه اسقط حقه بالإعتاق ، ولولا تحقق الإسقاط من قبله لحقه لم يتصور وجوب الضمان / لحقه . ١٢١/أ

فإن قالوا : ان العتق اسقاط الرق لا اسقاط المالية ، وحق المرتهن متعلق بالمالية دون الرق .

قلنا : هذا فاسد ، لأن الرق والمالية واحد .

قالوا : لا ، بل الرق معنى في المحل يصير به المحل محلاً للتملك وهو مثل صفة الحياة في الشخص ، ولهذا لو علق عتق عبده بصفةٍ ، ثم باعه العبد ثم اشتراه تبقى اليمين بالعتق ولو كان العتق محله المالية وببيعه العبد أزال حقه عن المالية وجب أن يرتفع اليمين المتعلقه به .

والجواب :

ان التفريق الذي قالوه باطل ، لأنه يقال لهم هل يقولون ان الرق حق المالك ؟ فإن قالوا : لا ، ينبغي ان لايسقط باعتاقه اسقاط ما هو حقه .

فان قالوا : هو حق المالك فهو المالية إذاً ولا يتصور غيرها .

وأما مسألة اليمين فهي على أصولهم ، وعلى أصح قولي الشافعي تبطل اليمين .

وقال بعض أصحابنا : انه بالرهن حجر على نفسه في التصرفات فصار كالمحجور عليه بالصغر .

وهم يقولون : لم يثبت حجر على نفسه انما أثبت له حقاً والملك باقٍ ثم إذا تصرف ينظر الى عمل الدليل في نفاذه ومنعه .

قالوا : وان قلتم ان الشرع حجر عليه فلابد من دليل أيضاً ، وهذا لأن حق المرتهن لما لم يكن في الملك لايصلح دليلاً للحجر عن التصرف الحاصل في الملك .

وقالوا : في الصبي الأهلية مفقودة على ما عرف من تصرفات الصبي ، والمعتمد ما سبق .

وأما حجتهم :

قالوا : من أهل الإعتاق أضاف العتق الى مملوكه فلا يلغو اعتاقه .

دليله : إذا اعتق عبد المؤاجر أو العبد المبيع قبل القبض والعبد المشترك بينه وبين غيره ، والوصف معلوم مستغن عن الدليل ، وهذا لأن الشئ إذا وجد من اهله في محله لابد أن يحصل ويوجد ويحكم بصحته كالحسيات ، ومنها محسوس ومشروع .

ومعتمدهم : ان محل العتاق هو الملك وهو خالص للراهن لاحق للمرتهن فيه ، وانما حقه الحبس واليد .

وعندكم :حقه استيفاء الدين منه في الثاني فانما تحل العين في الثاني وأما في

الحال فالملك خالص صافٍ للراهن فصار بالإعتاق مسقطاً خالص حقه وانما سقط حق المرتهن حكما ، وهذا مثل العبد المرهون يقتل عبداً آخر للراهن فيقتص منه الراهن فانه يصح وان تضمن اسقاط حق المرتهن لكن قبل هو باستيفاء القصاص غير متصرف في حقه بالإسقاط لكن متصرف في الدم ثم سقط حقه حكماً ، كذلك ههنا .

قالوا : وقولكم : " ان الرهن حق مال " .

بلى ، حق مال ولكنه ملك اليد لاملك العين والعتق محله ملك العين .

وأما وجوب الضمان فيجوز أن يسقط الشئ بتصرفه حكماً ويجب عليه الضمان كما لو اعتق أحد الشريكين نصيبه فانه يعتق نصيب شريكه حكماً ومع ذلك وجب عليه الضمان .

فأما صحة أصل التصرف وفساده ينظر فيه الى مايلاقيه التصرف ، ألا ترى في أحد الشريكين إذا اعتق نصيبه يصح ، وان اعتق نصيب شريكه لايصح وان كان يضمنه باعتاقه نصيبه ، وهذا لأنه قد يضاف الشئ الى مباشر علة العلة كما لو رمى فقتل انساناً أو جرحه ، فان الرمي علة النفوذ والنفوذ علة الاصابة والوصول فأضيف اليه ووجب عليه الضمان لمباشرة علة العلة .

فأما التصرفات الشرعية فانه ينظر فيها لصحتها وفسادها الى أحكامها ولاينظر الى حكم الحكم ليصح أو يفسد ، ألا ترى أن مَنْ اشترى أمة محرّمة عليه بالصهرية أو الرضاع يجوز ، لأن حكمه الملك وقد ثبت والحل حكم الحكم فلم ينظر الى فواته ، وبمثله لو تزوج امرأة محرمة عليه بما ذكرنا لم يجز ، لأنه الحكم اعني الحل ففواته منع صحة النكاح .

قالوا : ولايجوز أن يقال ان المرهون كالخارج عن ملكه ، لأنه كيف يكون كالخارج من ملكه وصحة عقد الرهن بوجود ملكه ، وأما إذا قَبَله فالضمان الذي

يجب ليس بضمان حقيقة ، ألا ترى انه لايخرج عن ملكه ، وكيف يتصور أن يضمن من نفسه لنفسه ، وأيضاً إذا قضى الدين لم يخاطب بالضمان ولو كان الضمان له حقيقة لم يسقط بانفاذ مَنْ عليه لكن يقال له : " اقم مقام الرهن الأول رهناً آخر يوازيه في المالية وانما كان ذلك صيانة لحق المرتهن .

قالوا : وأما البيع فعندنا لايبطل ولو صبر المشتري حتى قضى الراهن الدين نفد بيعه من غير تنفيذ .

والمعتمد لهم على / البيع انه انما لم ينفذ لفقد شريطة البيع وهو ١٢١/ب القدرة على التسليم ، وليس للعتق هذه الشريطة ولا يعتبر له شئ سوى الملك فحسب ، وهذا لأن البيع تمليك فكان القدرة على التسليم شريطة في صحة ليصل المتملك اليه ، والعتق اسقاط والساقط يتلاشى فلا معنى لاعتبار القدرة على التسليم فيه .

قالوا : ولايجوز أن يقال يجب أن ينفذ البيع حتى حكم بوجود قدرته على التسليم ، لأن القدرة شرط ، والشرط يعتبر اقترانه بالسبب ولايجوز ان يصح بوجود الشرط من بعد .

قالوا : وليس كالمريض إذا اعتق عبده ولا مال له غيره وعليه دين مستغرق لقيمة العبد أو لا دين عليه وله ورثة حيث لاينفذ في الحال ، لأن التعليل لئلا يلغو العتق وهناك لايلغو ، لأنه ان لم ينفذ في الحال ينفذ في ثاني الحال ، وعلى أن حق الورثة متعلق بعين العبد ، لأنهم يخلفونه في العين ، وحق الغرماء أيضاً متعلق بعين العبد ، لأن العبد تركة الميت وحقوق الغرماء متعلقة بأعيان التركة ، ولهذا يمتنع ملك الورثة في أعيان التركة إذا كانت الديون مستغرقة ، وإذا تعلق حقهم بعين العبد منع العتق .

وأما في مسألتنا حق المرتهن غير متعلق بملك العبد بل حقه مجرد اليد على ما سبق .

وربما يقولون : لحق الغرماء .

قلنا : لايتنجز العتق نظراً لهم ، لأنه لو تنجز ووجبت السعاية بعد العتق تعلق حقهم بذمة المفلس فتأخر العتق حتى يسعى ثم يعتق نظراً لهم ، وههنا لاحق على العبد انما الحق على الراهن ولا افلاس له فلم يجب علينا النظر للمرتهن بتأخير العتق .

وقالوا : أيضاً العتق في المرض وصية فإذا اعتق في المرض كان كما لو أوصى بعد الموت فيكون العتق حقيقة في عبد مشترك بينه وبين الورثة في الثلث والثلثين فيصير حكمه حكم العتق في العبد المشترك بينه وبين غير الورثة فتجب السعاية عند اعتبار الإعسار ، والمستسعى مكاتب عندنا ، والمكاتب عبد حتى يؤدي المال الذي عليه .

الجواب :

ان الأهلية مسلمة ، فأما المحلية فلا يسلم ، لأن بإشغال المحل بحق المرتهن خرج عن كونه محلاً للعتق المسقط لحقه وعلى ان الأهلية والمحلية قد يجتمعان ويمتنع العتق لمعنى آخر كالمريض إذا اعتق العبد ولايقع التقصي عن عهدة هذا النقص بقولهم " لايلغو " لأن الإلزام عليهم عدم النفوذ وإذا جاز ان يصدر العتق من أهله في محله ولاينفذ لحق ذي حقٍ جاز أن يصدر كما قالوا ويلغو لحق ذي حق .

وأما قولهم : " ان العتق يصادف الملك " .

قلنا : بلى ، ولكن ملك تعلق به حق المرتهن ، والدليل على تعلق حق المرتهن بالملك ان الحق حق الإستيفاء والإستيفاء يكون بالملك .

وقولهم : " ان الإستيفاء يكون في ثاني الحال " .

قلنا : " نحن ندعى انه استوفى العين بحقه ، لأنه يكون العبد حينئذ مملوكاً له ، ولكن ثبت حق الإستيفاء وتعلق هذا الحق بما يحصل به الإستيفاء وهو الملك ، ونقول أيضاً ان العتق وان صادف الملك بالإسقاط لكن لما كان بالعتق مسقط لحق المرتهن على ما سبق بيانه من قبل امتنع العتق كما يمتنع البيع وان كان البيع يلاقي الملك أيضاً ، ولايلاقي حق المرتهن .

فإن قالوا : إذا كان للراهن ملك وللمرتهن حق فكيف يقدم الحق على الملك ؟

قلنا : ليس في منع العتق ابطال ملك الراهن وفي تنفيذ العتق اسقاط حق المرتهن ، وهو كمسألة البيع .

وقولهم : " امتنع البيع لفقد الشرط وهو القدرة على التسليم " .

قلنا : هو قادر بأن يوفر الدين ويسلم العبد .

فإن قالوا : أداء الدين موهوم فلايجوز اثبات القدرة بموهوم " .

قلنا : يبطل بما لو باع العقار قبل القبض عندهم يجوز ، ويجعل قادراً على التسليم بهذا الطريق وهو أن يؤدي الثمن ويسلم .

فإن قالوا : البيع يحتمل الرد بخلاف العتق " .

قلنا : هذا منع الوقوع وليس برفع بعد الوقوع ، والعتق يحتمل منع وقوع لقيام الدليل على ما سبق بدليل عتق المريض والصبي ومسألة المريض في نهاية اللزوم وهي مناقضة عظيمة عليهم .

وقولهم : " ان حق الوارث والغريم يتعلق بنفس الملك " فمحال ، لأن الملك للمريض الى أن يموت ، ولهذا يصح بيعه وهبته ورهنه ، وإذا كانت جارية يحل له وطئها .

وأما حق الغريم فالمرتهن أيضاً غريم " .

وقد قالوا : ان العبد المأذون الذي في رقبته دين إذا اعتقه السيد ينفذ عتقه فاجعلوا هذا مثله ، ويبطل فصل النظر للغرماء بهذا .

ويقال لهم : انظروا للمرتهن ههنا .

وأما قولهم : / ان العتق في المرض وصية بالعتق " . ١٢٢/أ

قلنا : بل هو تنجيز وانما حكمه حكم الوصايا في الإعتبار من الثلث مثل سائر التبرعات .

وأما في الحال فقد صدر من المالك في ملكه حقيقة .

وأما العبد المبيع قبل القبض فان اعتق قبل أن ينقد الثمن فيه وجهان . وعلى التسليم لضعف حق البائع لم يمتنع العتق وههنا لقوة حق المرتهن ، وهذا يسهل اثباته .

وأما البيع امتنع في المبيع قبل القبض لحق الشرع حتى لايجوز وان رضى البائع بخلاف مسألتنا .

وأما العبد المؤاجر إذا اعتقه المالك انما نفذ لأنه انما امتنع عندنا لاسقاط حق المرتهن ، وهناك لايسقط حق المستأجر .

وأما اعتاق أحد الشريكين نفذ لأن اعتاقه يلاقي ملكه ثم يعتق نصيب شريكه حكماً فلا حق في ملكه لاحد بخلاف مسألتنا على ما سبق والله أعلم .

﴿ مسألة ﴾

تخليل الخمر محظور عندنا [١] ، ولايفيد الحِلّ بحال .

وعندهم : هو مشروع ويفيد الحل والطهارة ويصير بمنزلة الخل الذي تخلل بنفسه. [٢]

لنا :

حديث أنس ان أبا طلحة كانت عنده خمور لأيتام فلما حرمت الخمر قال : يارسول الله ما أصنع بها ؟ قال : ارقها ، قال : أفلا أخللها ؟ قال : لا " [٣]، وهذا نص في حظرية التخليل .

يبينه : ان الخمر كانت لأيتام وانما يؤذن بالقرب من مال الأيتام على طريق الأصلح والأولى فلو كان يجوز التخليل لأرشد اليه مع ذكر أبى طلحة لذلك ، وقد كان يرشد صلى الله عليه وسلم الى مثل هذا ابتداءً بدليل الخبر الذي ورد

---

(١) المهذب : ٧٢/١ ، المجموع شرح المهذب : ٥٢٩/٢ ، النكت ورقه ١٨/ب ، الروضة ٧٢/٤ . معالم السنن : ٨٢/٤ ، قال الخطابي في المعالم : " وهو قول عمر بن الخطاب رضي الله تعالى عنه واليه ذهب الشافعي وأحمد وكره ذلك سفيان وابن المبارك .." اهـ . انظر المغني : ٥١٧/١٢ .

(٢) مختصر القدوري : ٢٢٧/٢ ، المبسوط ٢٢/٢٤ ، رؤوس المسائل ص ٣٠٨ .

(٣) رواه ابو دادو في سننه : ٨٢/٤ مع المعالم ، باب ما جاء في الخمر تخلل .
وأحمد في المسند : ١١٩/٣ ، ١٨٠ ، ٢٦٠ .

في شاه ميمونة فانه ﷺ لما راءها ميتة أرشد الى الدباغ ، وحين لم يأذن ههنا في التخليل مع السؤال عرفنا انه محظور .

فان قيل : كما لم يأذن في التخليل لم يرشد الى الإمساك ليتخلل وبالإجماع هذا مطلق مباح .

يبينه : ان الخمور كانت محترمة لأنها كانت متخذه قبل التحريم فكان يجوز إمساكها للتخليل كخمور الخلالين وحين لم يرشد الى الإمساك دل انه ﷺ أمر بالإراقة لمعنى آخر وذلك المعنى هو : ان الزمان كان زمان ابتداء التحريم ، والقوم كانوا ألفوا شرب الخمور واعتادوا ، فأراد النبي ﷺ زيادة مبالغة في الأمر ليقلع القوم عن عاداتهم ويقطعهم عن مألوفاتهم .

ألا ترى انه أمر بكسر الدِّنان وشق الزِّقاق [١] ، وكان المعنى هذا فصار النهي عن التخليل نهياً مختصاً بذلك الزمان بمعنى اختص بذلك الزمان .

ونظير هذا انه ﷺ حين دخل المدينة وجد الناس قد ألفوا الكلاب فأمر بقتلها ليردهم عن عاداتهم ويقطع عادتها عنهم ، ثم انه لما تراخى الزمان وتلقوا الأمر بالقبول وتركوا ما اعتادوه أذن في اقتناء الكلب على مخصوص ، ونهى عن قتلها الا الاسود البهيم على ما نقل .

وقد عارضوا هذا الخبر بخبر رووه ان النبي ﷺ قال (يحل الدباغُ الجلد كالخمر تخلل فيحل) [٢] وهذا نص .

---

(١) الزقاق : جمع زق بالكسر (الظرف) .

(٢) تقدم تخريجه .

قالوا : ان الخبر الذي رويتم منسوخ بهذا ، لأن ذلك كان في ابتداء الإسلام ، ألا ترى انه كان حين حرمت الخمر ، وخبر شاة ميمونة كان بآخره ، واللفظ الذي رويناه انما قاله ﷺ في شاة ميمونة .

الجواب :

أما الأول قولهم : " انه لم يأمر بالامساك " .

قلنا : قد قال بعض أصحابنا : انه يحتمل ان تلك الخمور كانت منقاة من العكر مصفاة بحيث تزداد جودة بالإمساك ولاتتخلل على ما يفعله بعض الخمارين .

وهذا الجواب ليس بشئ ، لأن قوله : " أفلا أخللها " وهذا يتناول التخليل بالمعالجة والتخليل بالإمساك جميعاً ، لأن الكل تخليل ، وقد نهى مطلقاً ، وأيضاً مالايتخلل بالإمساك لايعرف انه يتخلل بالمعالجة اللهم الا ان يغلب عليه شئ مما يصب فيه فيتلاشى الخمر بتغلبة غيره عليه ، وليس الكلام في مثل هذا انما الكلام في تخليل بالمعالجة من صب قليل من الخل أو إلقاء ملح فيه يقرب زمان التخلل به وقد كان يتباعد لولاه فهذا موضع الخلاف .

والمعتمد من الجواب : ان تلك الخمور كانت متخذة للشرب وعندنا ما اتخذ للشرب لايحل بالإمساك وان تخلل وانما يحل ما اتخذ للخل ابتداءً .

وقولهم : انها كانت محترمة ، لأنها كانت اتخذت وهي حلال " .

قلنا : بلى ، اتخذت في ذلك الوقت ولكن لما حرمت زالت حرمتها وبقيت خمور الشرب لا حرمة لها ، لأنها لم تكن لغير الشرب حين حرمت فبقيت كذلك ، فوجبت / إراقتها . ١٢١/ب

وعندنا : يحل بالإمساك بما اتخذ لقصد الخل ابتداءً ويكون حله بالنظر الى ما اتخذ له

وأما الذي قالوه : انه ﷺ أمر بالإراقة لمعنى كذا " فهذا حمل الخبر على النسخ ، والأصل ان الشرع الوارد مسترسل على الأزمان بل متناول أهل كل زمان الى قيام الساعة .

ألا ترى ان الحدّ الوارد لشربه استرسل على الأزمان بل زيد غلظاً حين تراخى الزمان فانه كان بالنعل وأطراف الثياب ثم نقل الى السوط ثم ان عمر بلغ به الثمانين .

يبينه : انه كان المعهود من حال الصحابة المبادرة الى الإمتثال في الأوامر والنواهي ولم يعرف انهم احتاجوا الى زيادة زجر استغنى عنه من بعدهم بل لو قلب الأمر في هذا أو عكس كان أولى ، لأن قلة المبالاة بامتثال الأوامر والنواهي في القرون اللاحقة كانت أكثر منها في القرن الأول ، وهذا أمر ظاهر لايخفى على أحد .

وأما قتل الكلاب ، فنحن لانقول ان قتل الكلاب كان لما قالوه بل شرع وَرَدَ ثم نسخ بشرع على ما يوجد في كثير من المواضع .

وأما كسر الدِّنان فيحتمل انها كانت خاربة لاتصلح لشئ وعلى ان الظروف كانت محرمة في الابتداء ثم أحلت ، وقد ورد النص في النهي والإطلاق، ولايعرف انه كان للمعنى الذي قالوه .

وأما الخبر الذي رووا فهو على الوجه الذي رووا من نسخ أيديهم ، انما المروي هو ما رواه الفرج [١] بن فضالة عن يحيى بن

---

(١) الفرج بن فضالة بن النعمان التنوخي الشامي ، ضعيف ، من الثامنة ، مات سنة ١٧٩هـ ، روى له أبو داود والترمذي وابن ماجة . انظر : التقريب ص ٢٧٤ .

سعيد [١] عن عمرة [٢] عن أم سلمة قالت : كانت لنا شاة فماتت فقال النبي عليه السلام : ما فعلت شاتكم ؟ قلنا : ماتت ، قال : فلا انتفعتم بإهابها ، قلنا : انها ميتة ، قال : يحل دباغها كما يحل خل الخمر " [٣]

وعلى هذا الوجه نقل وليس لهم في هذا اللفظ حجة ، وعلى انه تفرّد به الفرج ابن فضالة وهو ضعيف الحديث [٤] يروي عن يحيى بن سعيد احاديث ثم لايتابع عليها . [٥]

وقد تكلف الأصحاب في التأويل لما رووه ، وقالوا : معناه : تخلل بالإمساك[٦] ولاينبغي الإشتغال به ، هذا هو الكلام في الأخبار ، والمعتمد هو الخبر .

وأما المعنى :

نقول تصرف في عين الخمر بالتمول فوجب أن لايحل .

---

(١) يحيى بن سعيد بن قيس الانصاري المدني ابو سعيد القاضي ، ثقة ، ثبت ، من الخامسة مات سنة ١٤٤هـ أو بعدها ، روى له اصحاب الكتب الستة .
انظر : التقريب ص ٣٧٦ .

(٢) عمرة بنت عبد الرحمن من التابعين .

(٣) رواه الدارقطني في سننه : ٤٩/١ .
وروى ابن عدي في الكامل قوله : " ان الدباغ يحل من الميتة ما يحل الخل من الخمر " فقط : ٢٠٥٤/٦ .

(٤) قاله الدارقطني في سننه : ٤٩/١ .

(٥) قال ابن عدي في الكامل : " سمعتُ عبد الرحمن بن مهدي يقول : حدث الفرج بن فضالة عن أهل الحجاز أحاديث مقلوبة منكرة " اهـ . ٢٠٥٤/٦ .

(٦) انظر المجموع : ٥٢٨/٢ .

دليله : إذا باع ليتمول ثمنها .

قالوا : تصرف في عين الخمر بتمول الخل لا بتمول الخمر ، وأيضاً تصرف في الخمر باتلاف الخمرية ، ووقع بهذا الفرق بين الفرع والأصل .

الجواب بما هو فقه المسألة ومعتمدها مغني .

وهو أن التصرف في عين الخمر حرام ، ونحن نعلم ان التخليل تصرف في عين الخمر ، لأنه معالجة ، ومعالجة الشئ تصرف فيه قطعاً فلو حل لكان يحل ، لأنه يكون محللاً للخمر بهذه المعالجة ، والتخليل تقليب عين وتحويل طبع ، وهذا لايدخل في صنع العباد فسقط اضافة التخليل الى فعله وبقى الموجود مجرد التصرف في عين الخمر فيكون محظوراً كسائر التصرفات .

ويمكن أن يقال أيضاً حرمة الخمر لعينها ، لأن الخمر اسم للعين والخمر محرمة فالعين محرمة ولايتصور طهارتها الا بأن تنقلب عينا أخرى ولا صنع للعبد في تقليب العين فيبطل تخليله وجعل كالعدم ولو حل كان يحل تخليله فإذا بطل تخليله صار كالعدم واستمرت الحرمة .

ونظيره : إذا قتل مُوَرِّثه فإن الإرث لما كان عن الميت ولا صنع للعباد في الاماتة فبطل صنعه في هذا المعنى ، وصار الموت كالعدم واستمر عليه حكم الحياة فبطل الإرث .

فإن قالوا : لو صار كذلك وجب أن لايحل للمخلل على الخصوص كما لايرث القاتل على الخصوص .

قلنا : إنما افترقا في ذلك ، لأن الورثة كل واحد منهم أصل في الإرث ، وإنما يسقط الإرث في حق هذا القاتل لمعنى لايوجد في حق غيره فاعتبر الموت

الحاصل بقتله في حق غيره ولم يعتبر في حقه وفي مسألة التخليل تملك واستحلال بعينه والذي باشر فعل التخليل هو المتملك والمستحل فإذا بطل حقه بطل أصلاً .

وقد قال بعض أصحابنا :

ان التخليل لايكون الاّ بالإقتراب من الخمور ، والإقتراب من الخمر حرام ، لأنه لايؤمن معه مواقعة المحظور من الشرب فيحرم كالخلوة بالأجنبية لما كان لايؤمن معها مواقعة المحظور حرم ، وهذا لأن الخمر محبوبة للطباع كالنساء محبوبات للنفوس فجاء الشرع بالمنع من الإقتراب في الموضعين ردعاً للعباد عن الإشراف على المعاصي .

وعندي : ان المعتمد هو الأول ، لأن الإقتراب من الخمر لايجوز للشرب خاصة فإن الفساد في الشرب .

وقولكم : " انه لايؤمن ان يشرب هذا / يوجد إذا اقترب منها لقصد ١٢٣/أ الإراقة ، وعلى ان هذا القدر لايوجب التحريم انما يوجب الكراهة فحسب مثل الخلوة بالأجنبية ، الا ترى انه إذا خلا بالأجنبية لغرض صحيح من تحمل شهادة أو مداواة فإنه يجوز ، والمحظور لايباح بهذا ، دل انه مجرد كراهة فكذلك ههنا، وجب أن يكون مجرد كراهة .

ونحن نقول : انه يكره ، والأولى أن يترك حتى يصير خلاً بنفسه غير انه إذا دنا من الخمر لغرض صحيح وهو اهلاك الخمرية كان جائزاً وابتنى عليه حكم الحل .

وأما حجتهم :

قالوا : إصلاح فاسد أو تطهير بحبس فيكون مشروعاً .

دليله : دبغ[١] ، وهذا لأن الشرع في أصله ما ورد الاّ بامثال هذا فلا يليق به تحريمه

---

(١) كذا في المخطوط ولعله (دبغ الجلود) .

وانما قلنا انه اصلاح فاسد ، لأن الخمرية صفة فاسدة والخلية صفة صالحة فالتخليل يزيل الصفة الفاسدة الى الصفة الصالحة فثبت ما قلناه .

يبينه : ان اراقة الخمر جائزة بصفة الخمرية فإذا جاز اتلافها بصفة الخمرية جاز اتلاف صفة الخمرية ، وهذا كالكافر الحربي لما جاز اهلاكه لصفة الكفر جاز إزالة صفة الكفر عنه بالدعاء الى الإسلام ليسلم فيزول عنه صفة الكفر ، بل اتلاف صفة الخمرية مع بقاء العين أولى بالجواز كما ان ازالة الكفر عن الكافر بدعائه الى الإسلام فيسلم أولى من قتله .

قالوا : ولأنه قد صار الخمر خلاً بالتحليل ، وهذا يعرف بالحسّ والعيان فإذا صار خلاً فلابد من الحكم بحله لأن الله تعالى قد أحل الخلول .

قالوا : وان قلتم لم يصر خلاً وانما صار مغلوباً بغيره فهذه مكابرة والمسألة فيما إذا قد صار خلاً حقيقة من غير ريب ولا مرية نعم ، يجوز أن يقال إذا القى فيه دبس كثير تصير الخمر مغلوبة فأما إذا ألقى فيه الخل أو الملح وترك حتى صار خلاً وقد كان يصير خلاً بعد ثلاثين يوماً ، والآن صار خلاً بعد عشرة أيام فنحن نقطع بصيرورته خلا ، لأن الخمر من طبعها أن يصير خلاً بمضي الزمان فبهذه المعالجة تكون هذه الصيرورة أسرع ، وليس من طبعها ان تصير دبساً بمضي الزمان فإذا ألقى فيها دبس كثير صارت الخمر مغلوبة لا انها صارت دبساً .وههنا صارت خلاً قطعاً فهذا هو الفرق .

قالوا : ولايجوز أن يقال لو جاز التخليل لم تجز الإراقة وحين جازت الإراقة دل ان التخليل لايجوز ، لأن عندنا انما تجوز الإراقة على مالايؤمن بشربه فأما إذا أُمِنَ عليه من الشرب وقال : انا أخلل يترك حتى تخلل .

فإن قلتم ينبغي أن يحال بينه وبين الخمر وتخلل عليه .

فليس هذا بصحيح ، لأنه لايجب على الإمام أن يباشر أمثال هذا كما لايجب عليه دبغ جلد الميتات انما عليه ان يخلي الإنسان وفعل هذا ان أمن منه مواقعة المحظور وأن لم يأمن يراق عليه ، وعلى انه يدخل على ما قلتم الإمساك فانه لو أمسك حتى تخلل فانه يحل وان كانت الإراقة جائزة وإذا كان جواز الإراقة لم يمنع ثبوت الخلية بالإمساك كذلك لايمنع ثبوته بالتخليل .

قالوا : ولايجوز أن يقال ان في التخليل افساد صالح وهو إذا ألقي فيه من الملح والخل ، لأنه وان كان كذلك لكنه لغرض صحيح وهو تفويت صفة الخمرية فجاز ذلك ولاينظر الى فساد ما يلقيه فيه لما عارضه اصلاح ، وهذا كالبذر يلقيه في الأرض فانه يفسد بلا اشكال ولكن لما ادى الى اصلاح وكان الإفساد لغرض صحيح جاز فعله .

قالوا : ولايجوز أن يقال أن ما يلقيه في الخمر ينجس وتبقى نجاسته وان صار خلاً فيكون الخل نجساً بنجاسته كالخل النجس ببول فيه أو بفأرة تقع فيه ، فإن الخمر وان صارت خلاً حقيقة تكون نجساً هذا لايصح ، وذلك لأن الملقى فيه وان صار نجساً لكن صار نجساً بالخمر ، والخمر كلها قد انقلبت خلاً .
وإذا صارت جميع أجزاء الخمر خلاً لم يكن بد من طهارة ما أُلقي فيه ، لأن المنجس قد زال وهذا كالدّن فانه ينجس بالخمر ثم إذا انقلب الخمر خلاً طهر الدّن، لأنه ينجس بأجزاء الخمر وتلك الأجزاء إذا انقلبت خلا فلم يكن بد من الحكم بطهار الدّن وليس كما لو تنجس الملقى فيه ببول ، لأن البول لاينقلب خلاً بحال بخلاف الخمر . الا ترى ان الدّن لو كان نجساً ببول لم يطهر وأيضاً بتخلل الخمر.

وأما قولكم : " ان الخمر لاتصير خلا الا بتحويل طبع أو تنقلب عين ".

قال : ليس كذلك بل انما يصير خلاً بتبديل صفة فحسب ، لأن الشدة صفة للعين وليست بنفس العين بل هذا المانع إذا / كان عصيراً أو ١٢٣/ب

خمراً أو خلاً فالعين واحدة في الكل انما الصفة تتبدل وهو مثل الدبيغ ، فانه لايوجد به الا تبديل صفة وكذلك الثوب النجس يغسل لايوجد به الا تبديل صفة فالشدة في الخمر كالزهومة في الجلد .

وعلى ان غاية ما في الباب أن نثبت لكم ان التخليل محظور لكن إذا صار خلاً بأي جهة كان فلابد من الحكم بحله ولاينظر الى حظرية السبب ، وهذا كَمَنْ ذبح شاة الغير تحل وان كان الذبح ههنا معصية ، وكذلك أم الولد إذا قتلت سيدها عتقت ، وَمَن له الدين إذا قتل مَنْ عليه الدين فانه يسقط الأجل وتتوجه المطالبة.

قالوا : وأما حرمان الإرث فهو عقوبة على جناية ، والعقوبة لاتتأخر إذا وجدت الجناية ، ولهذا يختص بالقاتل .

وأما عدم الحل عندكم ليس على طريق العقوبة بل لانعدام سبب الحل ، ولهذا المعنى لايحل لمباشرٍ التخليل ولا لأبعد الناس وإذا كان عندكم فوات الحل لانعدام السبب ، وقد بينا وجود السبب ، واعتمدوا على التخليل في الامساك ايضا وهو معتمد ، لأنه نوع تخليل مثل المعالجة التي اختلفنا فيها هي نوع تخليل .

الجواب :

قولكم : " اصلاح فاسد " .

قلنا : بل هذا في الحال افساد صالح وهو إفساد ما يلقيه فيه .

والذي اعتذروا عنه يقال عليه :

انه لاحاجة الى إفساد هذا الصالح بل ينبغي أن يصير حتى يصبر خلاً بنفسه .

فإن قالوا : له حاجة اليه وهو استعجال الخليّة فإن التخلل يتباطئ فيعالج

حتى تتعجل الخلية " .

قلنا : بمثل هذا لايجوز مباشرة نجس ولا افساد طاهر ، وليس كما ذكروا من إلقاء البذر ، لأن هناك ضرورة فإنه لايصل الى الريع الاّ به بخلاف مسألتنا فانه يصل الى الخل بدون التخليل ، وليس كإنضاج الثمار النِّية حيث يباح ، لأنه تصرف لاقى نجس ، وهذا تصرف في نجس ، وهم يقولون تصرف في نجس لكن لتطهير المحل منه .

ثم الجواب المعتمد : ان قولهم : " اصلاح فاسد ، ممنوع ، لأن الإصلاح والصلاح يعرفان بالشرع فإذا صار السبب محظوراً شرعاً لمعنى لم يبق وجه الصلاح بحال، وهذا لأنه إذا تخلل بنفسه لانقول حل بزوال الشدة بل شرعاً عند زوال الشدة .

وأما قولهم : " ان الخمرية صفة فاسدة والخلية صفة صالحة " .

قلنا : إذا حصلت بنفسها فإذا حصلت بالتخليل فهي صفة فاسدة .

وقولهم : " انه تباح الإراقة لصفة الشدة ..... الى آخر ما قالوا .

قلنا : لو كان هذا كمسألة الحربي وجب ان لاتجوز الإراقة في موضع بتسهيل طريق التخليل ، كما لايجوز قتل الكافر عند تسهيل الدعوة ولا خمر في العالم الاّ ويمكن تخليلها فلا خمر إذاً تجوز إراقتها ، وعلى أنا نقول بلى ، بالتخليل تزول الشدة عن المحل لكن بطريق محظور شرعاً ، وأسباب الإصلاحات والتطهيرات ما لم تكن مشروعة شرعاً لايفيد صلاحاً ولا طهارة .

فإن قالوا : هذا لايجوز أن يكون غير مشروع .

قلنا : يجوز لما بينا من المعنى .

وأما قولهم : انه قد صار خلاً " .

قلنا : ان عنيتم محسوساً فمسلم ، وان عنيتم حكماً فلا ، لأنه باقٍ على الخمرية في الحكم .

وقولهم : " ان الشرع أباح الخلول " .

قلنا : بلى ، ولكن لا كُلَّ خلٍ ، وانما أباح خلاً حصل بالتخلل فأما بالتخليل ففيه تنازعنا " .

وأما قولهم : " ان في التخليل ازالة الصفة فحسب " .

قلنا : لاشك انه تبديل طبع وان ادعينا تبديل العين فهو كذلك أيضاً لما بينا ان عينه محرمة ، لأن عينها خمر فلا يتصور طهارتها الإ بانقلاب العين عيناً أخرى ، وبهذا فارق دباغ الجلد ، لأن عينه جلد ، والجلد أصله الطهارة وانما ينجس بصفةٍ حلّت فيه فيكون الدبغ ازالة صفة فاسدة من محل ، أو نقول جلد الحيوان طاهر والدباغ عمله في اعادة طهارة الحياة في الجلد ، واما في مسألتنا فان عين الخمر نجسة لما بيّنا انها خمر وإذا تخلل لايبقى خمراً ، والجلد إذا دبغ يكون جلداً ويبقى جلداً على ما كان .

ويمكن أن يقال : أن الدباغ مأمور به والتخليل منهي عنه ، والجمع بين هذين باطل ، والإعتماد على الأول معنىً .

فإن قالوا : هَبّ انه تقليب عين لكنه يجوز أن ينسب الى الأدنى إذا وجد منه السبب كالقتل يضاف الى الآدمي وهو موت لوجود سبب منه ، وكذلك الفرخ بتحضين الدجاجة .

قلنا : لاينسب اليه سوى الجرح وسوى مباشرة / التحضين ، ١٢٤/أ وأنتم أضفتم اليه ههنا التخليل ولايجوز لأنه لايضاف الى العبد ما ليس من صنعه بحال .

وأما قولهم : " انا سلمنا الحظرية ولكن قد صار خلاً " .

قلنا : إذا سلمتم الحظرية فد سلمتم المسألة ، لأن المشروع لايثبت الإّ بسبب مشروع .

وأما ذبح شاة الغير فعينه مشروع في الجملة ـ أعني التذكية ـ ، لكن نهى عنه، لأنه صادف ملك الغير وههنا التخليل غير مشروع بحال .

وأما مسألة أم الولد إذا قتلت سيدها فانما عتقت ، لأن سبب العتق الإستيلاد والإستيلاد مشروع وانما الموت شرط ، والشرط يجوز أن يكون محظوراً ، وانما الكلام في السبب المحظور انه لايجوز أن يفيد الإباحة ، وهذا لأن الأحكام يُحال بها على أسبابها لا على شرائطها .

وكذلك الجواب عن مسألة حلول الدين ، لأن المطالبة متوجهة بقصد المعاملة الذي سبق لابمضي الأجل الذي يوجد .

وأما فصل الإمساك :

قلنا : انما ابحنا الخل بالإمساك فأبيح الإمساك لأجل ضرورة الوصول الى الخلّ المباح شرعاً ولا ضرورة في التخليل بالمعالجات فكان حراماً بالمعنى الذي قدمنا .

يبينه : إن المعالجة تصرف حقيقة في الخمر والإمساك يشبه الإعراض عن التصرف والإنتظار لما يؤول اليه بصنع الله تعالى .

وأما نقل الخمر من الشمس الى الظل أو من الظل الى الشمس فقد قال بعض أصحابنا :

هو مثل المعالجة ، والأصح ان به لايحرم ، لأنه ليس بمعالجة في عين الخمر وهو من توابع الإمساك .

وقد قال بعض أصحابنا : ان الإمساك لايحل الخمر أيضاً وذكروا في اباحة الخلّ طريقاً بعيداً ، والمعتمد من الجواب ما سبق ، وما سواه باطل . والله أعلم .

(٣٠١)

﴿ مسألة ﴾

ولد الجارية المرهونة لايكون مرهوناً عندنا .[١]

وعندهم : يكون مرهوناً مع الأم .[٢]

لنـــا :

ان الجـارية وولدها محـلان ينفـصل احـدهمـا عن الآخـر في الرهنيّة فـرهن احدهما لايوجب رهن الآخر كما لو رهن الجارية بعد ما انفصل عنها الولد ، وهذا لأنه لم يرهن الولد فلو صـار رهناً لصـار رهناً برهن الأم وهذا لايجـوز ، لأن الأم صارت رهناً بمباشرة المالك رهنها وهو انما باشر رهن الجارية ولم يباشر رهن الولد فلم يصر الولد رهنا ، لأن سب ثبوت الرهن فيـه لم يوجد ، وهذا لأن مـا يثبت باثبات المالك يثبت في المحل الذي يثبته فيه ولايثبت في المحل الذي لم يثبته فيه سائر مايثبته من عقد أو ملكٍ أو حق .

وقد تعلق الأصحاب بالجارية الجانية إذا ولدت ولداً لايسرى اليه حكم الجناية.

قالوا : ليس موجب عقد الرهن في الجارية الاّ تعينها لقضاء حق منها ، وهذا لايوجب سراية ما يتعلق بالجارية الى الولد .

دليله : مسألة الجناية ، والأول هو المعتمد .

وأما حجتهم :

قالوا : حق لازم تعلق بعين الجارية فيسري الى الولد .

---

(١) المهذب : ٤٠٨/١ ، الروضة : ١٠٢/٤ ، المنهاج مع المغني : ١٣٩/٢ ، النكت : ورقه ١٥٠/ب . الحاوي : ٢٠٨/٦ .

(٢) مختصر القدوري : ٣٠٤/١ ، المبسوط : ٧٥/٢١ ، البدائع : ٣٧٢٥/٨ .

دليله : الملك والإستيلاد ، وهذا لأن الولد حدث من محل الحق فيسري اليه الحق كما يسري اليه الملك .

والدليل على أن الولد حدث من محل حق المرتهن ان محل حق المرتهن عين الجارية ، لأن حقه الجنس أو ملك اليد وهو ثابت في عين الجارية .

يدل عليه : ان الرهن حق مالي فيشبه أصل المالية ثم أصل المالية يسري من الجارية الى الولد، كذلك هذا الحق .

قالوا : وأما ولد الجانية فليس هناك حق متعلق بعين الجارية انما الواجب علي السيد اما الدفع وإمّا الفداء ، فأما أن يتعلق بعين الجارية فلا .

وربما يقولون : ان الواجب على السيد هو الأرش إلا انه يتخلص بدفع العبد الجاني أو الجارية .

قالوا : وليس يلزم على ما قلنا فصل الضمان ، فإن عندنا لايكون الولد مضموناً وان كان مرهوناً ، لأنا نقول : ان الولد مرهون ولكنه تبعاً لا أصلاً فلم يوجب ثبوت الضمان كالولد المبيعة لما كان مبيعاً تبعاً لا أصلاً لم يكن مضموناً على ما سبق في مسألة زوائد المبيعة .

الجواب :

ان الأول مجرد تعلق بصورة فلا يكون دليلاً لثبوت الحكم ، وهذا لأن الكلام في هذا ان هذا الحق اللازم المتعلق بعين الجارية هل يسري الى الولد أو لا ؟

وعلى انا لانسلم ان حق المرتهن متعلق بعين المرهون على ما سبق بيانه .

والمعتمد من الجواب : ان الولد وان حصل من عين الجارية ولكن حق الرهن عارض في المحل يثبت باثبات مالك فيه فيثبت في المحل الذي يثبته فيه ، وهذا

لأن الجارية مملوكة للراهن فالولد مملوك له ، وهو انما رهن الجارية دون الولد فيصير الجارية / رهناً دون الولد . ١٢٤/ب

وأعلم أنه ليس لهم كلام يرد على هذا الفصل سوى الملك والإستيلاد ، ونحن نقول : ان الملك في الجارية هو الرق ، والحرية والرق صفتان أصليتان للجارية على معنى انه لايتصور خلوها عن احدهما إمّا الرق وإمّا الحرية وتفوت احداهما الى الأخرى ، وهذا بخلاف الرهنيّة فانها صفة عارضة تثبت بعقد عاقد واثبات مثبت .

وإذا عرف هذا فنقول : الولد إذا وُلدَ فلابد أن يكون على إحدى الصفتين إمّا الرق أو الحرية ، فرجحنا الصفة التي عليها الأم على الأخرى ، لأنها صفة أصل الولد فترجحت ثبوتها لأصله على الصفة التي ليست ثباته لأصله .

وأما صفة الرهنيّة لما كانت عارضة ثبتت بعقد عاقد واثبات مثبت فنظرنا الى المحل الذي عقد عليها العقد والمحل الذي أثبت فيه الحق فثبت فيه ولم يثبت في غيره ، وكذلك الإستيلاد ، لأن الثابت حق العتق وحق العتق ينزل منزلة حقيقة العتق ، ولأنه حق العتق يثبت لثبوت حقيقته فيلحق بها وهي صفة أصلية للمحل على ما سبق بخلاف مسألتنا ، وهذا الجواب معتمد وما سواه فليس بشئ .

وأمّا الإلزام بفصل الضمان ، فلازم وهو مناقضة على أصولهم وقلة ضبطه لما يوجبه المذهب .

وقوله : " انه دخل في الرهن تبعاً " .

قلنا : ادخله في الضمان تبعاً ، لأن ما كان أصلاً يكون الضمان فيه أصلاً وما كان تبعاً يكون الضمان فيه تبعاً ، فأما اخلاؤه عن الضمان أصلاً وادخاله في الرهن حقيقة فمناقضة بينة . والله أعلم .

﴿ مسألة ﴾

الرهن عندنا أمانة .[١]

وعندهم : مضمون بالأقل من قيمته ومن الدين وتفسيره معلوم .[٢]

لنا :

قوله عليه الصلاة والسلام (لايغلق الراهن من راهنه الذي رهنه له غنمه وعليه غرمه)[٣]

والإستدلال من قوله (لايغلق الرهن) وفيما قالوه نوع اغلاق فان الإغلاق عند أهل الجاهلية كان هو أن يصر الرهن بدين بشرط عندهم " .

وإذا قالوا : انه إذا هلك الرهن يسقط الدين أشبهه لفوات الإفتكاك في الموضعين .

والاستدلال الثاني : من قوله عليه السلام (وعليه غرمه) أي هلاكه .

وهم رووا ان النبي عليه الصلاة والسلام قال (الرهن بما فيه)[٤]

ورووا انه قال : ذهبت الرهان بما فيها "[١١]

ورووا ان رجلاً رهن فرساً عند رجل بدين له عليه فنفق الفرس فرفع الـــــــى

---

(١) الأم : ٣/ ١٤٨ المهذب : ٤١٧/١ ، النكت ورقة : ١٥٣/أ ، الروضة : ٩٦/٤، الحاوي : ٢٥٣/٦ .

(٢) مختصر القدوري : ١/ ٣٠٣ شرح معاني الآثار : ١٠٤/٤ ، المبسوط : ٦٤/٢١ ٦٥ ، البدائع : ٨/ ٣٧٦٠ ، أحكام القرآن للجصاص : ٤٢٦/١.

(٣) رواه الدراقطني في سننه : ٣٢/٣ ، ٣٣ .

(٤) رواه الدارقطني في سننه : ٣٢/٣ ، ٣٤ باب الرهن .

(٥) رواه الطحاوي في معاني الآثار من قول شريح : ١٠٣/٤ .

النبي ﷺ فقال (ذهب حقك) [١]

ونحن نقول :

ان الأول من قول شريح وليس من قول رسول الله ﷺ [٢] وقد تفرد برفعه اسماعيل [٣] بن أبي [٤] أمية قالوا : هو وضاع للحديث " [٥]

وكذلك اللفظ الثاني .

وأما الخبر الذي رووا فيه انه عليه الصلاة والسلام قال : (ذهب حقك) رواه عطاء مرسلاً [٦] ، والمرسل ليس بحجة .

وقيل معنى قوله : " ذهب حقك " أي من الرهن يعني أن لاتطالب بغيره . [٧]

وأما المعنى الذي نقول : الضمان لايثبت الإّ بسبب مخيل في اثبات الضمان كالغصب لما كان مخيلاً في اثبات الضمان لكونه تعدياً أوجب الضمان ، وكذلك عقد البيع ، لأنه عقد ضمان ، وكذلك العارية على ما سنبين وقبض الرهن ليس

---

(١) رواه الطحاوي في شرح معاني الآثار : ١٠٢/٤ .

(٢) ذكر ذلك الطحاوي في شرح معاني الآثار : ١٠٣/٤ .

(٣) اسماعيل بن أميه الوازع ويقال ابن أبي أمية ، حدث عن ابي الأشهب العطاردي تركه الدارقطني . لسان الميزان : ٣٩٤/١ .

(٤) في سنن الدارقطني (ابن ابي أمية) .

(٥) قاله الدارقطني في السنن ولفظ " اسماعيل هذا يضع الحديث ، وهذا لايصح " . ٣٢/٣ ، ٣٤ .

(٦) رواه الطحاوي في شرح معاني الآثار : ١٠٢/٤ .

(٧) قاله الشيرازي في نكته ورقه ١٥٣/ب .

بمخيل في ايجاب الضمان ، لأن الرهن ان كان موجبه ما قلنا من ثبوت استيفاء الدين من الرهن وتعيّنه لذلك فهذا لايدل على وجوب الضمان كما لو دفع الى انسان عبداً ليبيعه ويستوفى منه دينه ، أو دفع اليه كيساً ليقبض منه حقه .

وان كان موجبه ما قالوا : من ملك اليد وثبوت الحبس فلا يدل أيضاً على الضمان ، لأن ثبوت حبس مال الغير ليس فيه معنى يشعر بوجوب الضمان على الحابس ، وهذا لأن الرهن على المذهبين وثيقة ، وجعل الرهن مضموناً يضاد الوثيقة ، لأن توثيق الحق تأكيده واثبات زيادة على ما كان من قبل في وجوب وصول زائد مثل الكفالة ، أو لاثبات نفس وصول زائد ، والوجوب على ما كان من قبل مثل الرهن .

فإذا قلنا : ان الدين يسقط بهلاك الرهن أثبتنا له ضد الوثيقة لأن فيه توهين الدين وجوباً واستيفاءً .

أما الوجوب فلأنه يفوت الوجوب بهلاك الرهن وقد كان لايفوت من قبل . وأما الإستيفاء فلأنه لم يكن بد من وصول عين الى يد المرتهن ليصير مستوفياً ، وإذا صرنا الى ما قلتم يصير مستوفياً دينه بهلاك الرهن من غير أن يصل اليه شئ .

وإذا ثبت هذا فنقول :

لايثبت بالعقد ضد مقتضاه .

دليله : سائر العقود ، ونقول أيضاً : ان كان المرهون مضموناً فلايخلو : اما أن يكون مضموناً بالقيمة أو بالدين / فان كان مضموناً بالقيمة فيجب ١٢٥/أ أن يكون مضموناً بجميع القيمة وان كان مضموناً بالدين فلايجوز ، لأن الدين لم يجب بهذا العقد فكيف يكون المرهون مضموناً بالدين فسقط الضمان أصلاً .

وأما حجتهم :

قالوا : المستوفى بالدين مضمون ، فالمقبوض بوثيقته مضمون ، وانما قلنا ان المستوفى بالدين مضمون ، فإنه لو كان له على انسان الف درهم فقبضها يكون مضمونا عليه ثم إذا وجب عليه مثل ما وجب على صاحبه التقيا قصاصاً، ولهذا إذا أظهر أن لا دين يكون المقبوض مضموناً على القابض ، ولهذا إذا اشترى بالدين ممن عليه شيئاً وقد ظهر ان لا دين لايبطل البيع ، وإذا ثبت هذا فنقول الرهن وثيقة للإستيفاء فيثبت في الحال ملك اليد على وجه يصير ذلك وسيلة الى حقيقة الإستيفاء فان الوثيقة لما شرعت مؤكدة لما جعلت وثيقة له فوجب ان تكون مفضية الى حقيقة الإستيفاء .

قالوا : وبهذا يعترض على قولكم ان ما قلتم يؤدي الى ضد الوثيقة لأنا لانقول ان الدين يسقط بهلاك الرهن بل نقول يصير مستوفياً للدين ، وإذا جعلناه مستوفياً للدين فلا يؤدي الضمان الى تخطير الدين وتوهينه بل يكون مؤدياً الى استيفائه لكن حكماً .

وحرفهم :

ان حقيقة قبض الإستيفاء لما أوجبت حقيقة الضمان فكذلك قبض جهة الإستيفاء يوجب انعقاد جهة الضمان فكما انعقد عقد إستيفاء يفضي الى حقيقة الإستيفاء فكذلك وجب أن ينعقد به عقد ضمان يفضي الى حقيقة الضمان بالهلاك ثم ننظر في ضمانه الى جهته فإذا كان الضمان لجهة الإستيفاء فنقدر ما يتصور استيفاؤه من هذا العين تكون العين مضمونة به هذا إذا كان الدين أكثر من القيمة وان كان الدين أقل من القيمة يكون مضموناً بقدر الدين، لأن الإستيفاء وجب في ذلك القدر .

قالوا : وانما جعلناه مستوفياً دينه حكماً بهلاك الرهن ليتحقق اقتضاء

عقد الإستيفاء الى حقيقة الإستيفاء .

قالوا : ولايجوز أن يقال كيف يتصور إستيفاء دينه وهو دارهم أو دنانير أو حنطةٍ أو ثوب في السلم من غير عبدٍ أو جارية أو خشبة ؟.

قال : لأنا نقول : يصير مستوفياً من عينه ، بل انما يصير مستوفياً من معناه ، ومعناه هو المالية ، والأموال متجانسة في المالية .

وانما يثبت الإستيفاء حكماً لأجل ما سبق من عقد الضمان بالطريق الذي بينا وعقد الضمان كان باعتبار عقد إستيفاء الدين فينظر ان كان الدين دراهم صار الرهن مضموناً بالدراهم ، وإن كان دنانير فبها ، وان كانت حنطة فبها وان كان ثوباً فبه ثم إذا هلك وتقرر عليه الضمان بالهلاك حصل الإستيفاء بالمقاصة مثل مايكون عند حقيقة الإستيفاء ، وهذا لأن التقويم في الأشياء انما جُعلتْ بالدراهم والدنانير لأن التقويم بها أسهل ، وليس في هذا ما يوجب الحجر عن التقويم بشئ آخر ، فإذا رهن بحنطة أو بثوب وقد أوجب العقد الضمان بالطريق الذي سبق فكأنهما اصطلحا على أن يجعلا العين متقومة بحبس الدين فعند الهلاك يتقرر عليه ما اصطلحا على التقويم به ثم الإستيفاء بالمقاصة . هذا غاية الإمكان في تقدير كلامهم .

وقد قال بعضهم : لما كان موجب عقد الرهن ملك اليد وهو بعض ما ثبت بحقيقة الإستيفاء ، فإذا ثبت له بعض حقه وذلك البعض لايجوز أن يثبت مرة أخرى فإذا أبقينا الدين واستوفاه أوجبنا له ملك اليد مرتين ، وهذا لايجوز فسقط الدين ضرورة ، وهذا بخلاف ما إذا كان الرهن قائماً لأنه يسترد الرهن فيرتد ملك اليد الذي وجب له ثم حينئذ يستوفى فيثبت له ملك عين وملك يد مرة واحدة فلا يؤدي إلى تثنية الواجب له ، بخلاف ما إذا هلك لأنه لايتصور ارتداد ملك اليد وقد تم ملك اليد بالهلاك وانتهى فيؤدي بقاء الديـــن وايجاب

ابقائه الى ماذكرناه .

وقد تعلق مشايخهم بالمقبوض على سوم البيع ، فإنه مضمون باعتبار جهة عقد البيع ، وكذلك المبيع قبل القبض مضمون باعتبار ثبوت حبس بدين بعقد ، فكذلك في مسألتنا وجب أن يكون كذلك .

الجواب :

ان الكلام على ما سبق ، وقد بينا انه لم يوجد ههنا سبب مخيل في ايجاب الضمان .

وأما كلماتهم فكلها مبنية على أصل ممنوع وهو انهم قالوا : ان المقبوض على حقيقة الإستيفاء مضمون " .

ونحن لانسلم هذا ، واذا استوفى ديناً له على انسان لايكون مضموناً عليه بل / إستيفاء الدين يكون كذلك . ١٢٥/ب

ونقول : بقبضه استوفى عين حقه ، الا ترى في السلم اذا قبض فقد استوفى عين حقه ، لأن قبض المسلم فيه بغيره لايجوز ، والشئ اما ان يقبض بنفسه أو بغيره ، ولايتصور ما سوى هذين فاذا لم يصر قابضاً له بغيره فعلى القطع نعلم أنه يصير قابضاً له بعينه .

وأما قولهم : " انه لو ظهر ان لادين يكون المقبوض مضموناً ، هو عندهم وكذلك مسألة الشراء على مذهبهم .

وعندنا : اذا ظهر ان لادين بطل البيع ، والمعنى يدل على ما قلناه ، لأنه ليس في قبض حقه عن غيره دليل على ثبوت ضمان عليه .

يبينه : ان مَنْ قبض له عينًا عند انسان لاتكون مضمونا عليه فاذا قبض ديناً له عليه لايكون مضموناً عليه أيضاً .

فإن قالوا : أليس ان المشترى اذا قبض المبيع يكون مضموناً ؟

قلنا : قد كان مضموناً بالعقد لأجل الإلتزام الموجود منه وينتهي بالقبض ، فأما أن يجب ضمان بقبض حقه محال ، واذا سقط هذا الأصل الذي قالوا وجميع كلامهم بناءً عليه سقط الجميع .

وأما فصل المقاصة : فهو على أصولهم ، وعندنا لامقاصة في موضعٍ ما ، وان سلم لهم على أحد الوجوه في موضع ، فلا نقول به بالطريق الذي ذكروا بل نترك الإستيفاء في كلا الدينين لعدم الفائدة عليه ويصير في التقدير كأن كل واحد منهما أبرأ صاحبه عن الدين الذي له عليه ، ثم يقال لهم هذا الضمان الذي قلتم يؤول الى استيفاء الدين أو سقوطه .

نقول : من أيّ وجهٍ يؤول الى سقوطه ؟ فإن قلتم ، لأنه صار مضموناً بالدين فوجب ان يسقط كل الدين ، وأيضاً فان الدين وجب بعقد سابق فكيف يصير مضموناً به ؟ وهذا لأن السبب الذي وجب به الدين لم يرتفع ولم ينفسخ كيف يسقط الدين ؟ .

وبهذا فارق المبيع فهلك قبل القبض ، لأن هلاكه يوجب انفساخ العقد الذي وجب به الثمن فلهذا سقط ، وعلى ان السقوط ليس لهم بمذهب ، فانه لو ارتهن برأس المال وهلك في المجلس عندهم : يتم السلم وبالسقوط لايتم السلم انما بالإستيفاء يتم ، حتى لو أبرأ عن رأس المال قبل القبض بطل السلم عندهم .

وان قلتم يصير مستوفياً لدينه فبأيّ وجهٍ يصير مستوفياً ؟

ان قلتم بعين الرهن فلا يتصور ، وان قلتم بمعناه ، فالمعنى هو معني العين فاذا لم يصر مستوفياً لعينه فلا يتصور مستوفياً لمعناه ، ولأن الإستيفاء من معناه انما يكون ببيعه وقبض ثمنه عن دينه ، فأين هذا حتى يصر قابضاً لمعناه ؟

يبينه : ان المرهون هو العين لامعناه فقبض جهة الإستيفاء انما يتناول العين فان

كان يفضي الى الإستيفاء فينبغي ان يفضي الى استيفاء عينه ، وأيضاً فانه يفضي الى الإستيفاء بسبب جديد وهو البيع ، والإستيفاء المشاهد فقولوا يفضي الى الضمان بسبب جديد وعندهم ذلك القبض الأول أفضى الى الضمان وذلك القبض لم يفض الى استيفاء فبطل جميع ما قالوه ، ولم يبق لهم في المسألة متعلق أصلاً .

وأما مسألة المقبوض على السوم ، فنحن انما أوجبنا الضمان هناك باجماع الصحابة فانه روى ان عمر رضي الله عنه ركب فرساً يشوره أيّ يستخرج منه سيره ليبتاعه فعطب تحته فحكّم شريحاً فقضى عليه بالضمان بحضرة الصحابة وقبله عمر رضي الله عنه ، ولم ينكر عليه أحد (١).

وعلى أن هناك قبضه ليملك عينه ، وههنا لم يقبض الرهن لإستيفاء عينه ، وأيضاً ذلك التملك اذا تحقق كان موجباً للضمان ، وههنا قد بينا ان الإستيفاء لو تحقق لم يجب الضمان .

وفي المسألة إلزامات مذهبية على أصولهم أعرضنا عنها لفقد الحاجة اليها .

والله أعلم بالصواب .

---

(١) هذا الأثر لم أقف عليه عن عمر .

(كتاب)

مسألة :

اذا أفلس الرجل في حال الحياة أو مات مفلساً ، وفي يده سلعة لباعة ولم يكن أوفى ثمنها فالباعة أولى بالسلع من سائر الغرماء ويفسخون العقد ويستردونها .(١)

وعندهم : الباعة وسائر الغرماء واحد وليس لهم حق على الإختصاص .(٢)

لنا :

حديث أبي هريرة ان النبي ﷺ قال : (أيّما رجل أفلس فأدرك / ماله بعينه فهو أحق به) .(٣)

---

(١) الحاوي الكبير : ٢٦٦/٦ ، المهذب : ٤٢٥/١ ، النكت ورقه ١٥٣/ب ، الروضة : ١٤٧/٤ ، شرح صحيح مسلم للنووي : ٢٢٢/١٠ .

وهو قول مالك وأحمد وعروة بن الزبير والأوزاعي واسحاق وزبو ثور ، وابن المنذر ، وروى ذلك عن عثمان وعلي وأبي هريرة .

انظر : المغني : ٥٣٨/٦ ، معالم السنن : ٧٩٠/٣ ، شرح السنة للبغوي : ١٨٧/٨

(٢) مختصر الطحاوي ص ٩٥ ، مختصر القدوري : ٣١٩/١ ، الهداية : ٢٨٧/٣ ، اللباب في الجمع بين السنة والكتاب : ٥٩٩/٢ ، شرح معاني الآثار : ١٦٧/٤.

(٣) رواه الامام مالك في الموطأ : ٨١/٥ مع المنتقى ، باب ما جاء في افلاس الغريم .

وأبو داود في سننه : ٧٩٠/٣ ، ٧٩١ ، مع المعالم ، باب في الرجل المفلس فيجد ...

والبغوي في شرح السنة : ١٨٦/٨ ، باب من اشترى شيئاً ثم أفلس ....

والبيهقي في سننه : ٤٥/٦ ، باب المشترى يفلس بالثمن .

وعبد الرزاق في مصنفه : ٢٦٤/٨ رقم ١٥١٦٠ .

وفي رواية أخرى (ماله بعينه عند رجل قد أفلس أو انسان قد أفلس فهو أحق به من غيره) [١]

وروى الثوري [٢] عن يحيى [٣] بن سعيد قال : أخبرني أبو بكر [٤] بن محمد ابن عمرو بن حزم ان عمر [٥] بن عبد العزيز حدّثه ان أبا بكر [٦] بن عبد الرحمن

---

(١) روى هذه الرواية البخاري في صحيحه : ٦٢/٥ مع الفتح ، باب اذا وجد ماله عند مفلس ....
ومسلم في صحيحه : ٢٢١/١٠ ، مع النووي ، باب من أدرك ما باعه عند المشتري ..
والبيهقي في سننه : ٤٥/٦ ، باب المشترى يفلس بالثمن .

(٢) الثوري (سفيان) .

(٣) سبقت ترجمته .

(٤) أبو بكر بن محمد بن عمرو بن حزم الأنصاري النجاري (بالنون والجيم) المدني القاضي اسمه وكنيته واحد ، وقيل انه يكنى ابا محمد ثقة عابد ، من الخامسة مات سنة ١٢٠هـ وقيل غير ذلك ، روى له أصحاب الكتب الستة .
انظر : تقريب التهذيب ص ٣٩٦ .

(٥) عمر بن عبد العزيز بن مروان بن الحكم بن أبي العاص الأموي أمير المؤمنين امه أم عاصم بنت عاصم بن عمر بن الخطاب ، ولي إمرة المدينة للوليد ، وكان مع سليمان كالوزير ، وولي الخلافة بعده فعُدّ مع الخلفاء الراشدين ، من الرابعة مات في رجب سنة ١٠١هـ ، وله أربعون سنة ومدة خلافته سنتان ونصف ، روى له أصحاب الكتب الستة
انظر : تقريب التهذيب ص ٢٥٥ .

(٦) ابو بكر بن عبد الرحمن بن الحارث بن هشام بن المغيرة المخزومي المدني ، قيل اسمه محمد ، وقيل : المغيرة ، وقيل ابو بكر اسمه وكنيته ابو عبد الرحمن ، وقيل : ==

ابن الحارث بن هشام حدّثه [١] انه سمع أبا هريرة يقول : قال رسول الله ﷺ (اذا ابتاع الرجل السلعة ثم أفلس وهي عنده بعينها فالبائع أحق بها من الغرماء) [٢] .

وروي عن عمرو بن دينار عن هشام [٣] بن يحيى عن أبي هريرة ان رسول الله ﷺ قال (اذا افلس الرجل فوجد البائع بعينها سلعته فهو أحق بها دون الغرماء) [٤]

(=) اسمه كنيته ، ثقة ، فقيه ، عابد ، من الثالثة ، مات سنة ٩٤ ، وقيل غير ذلك .
روى له أصحاب الكتب السته ، انظر : تقريب التهذيب ص ٣٩٦ .

(١) في سنن الدارقطني (أخبرني) .

(٢) رواه البيهقي في سننه : ٦/ ٤٥ ، باب المشترى يفلس بالثمن .
والدارقطني في سننه : ٣/ ٣٠ .
وعبد الرزاق في مصنفه : ٨/ ٢٦٥ رقم ١٥١٦١ .
وابن الجارود في المنتقى ص ٢١٣ رقم ٦٣٠ .
والدارمي في سننه : ٢/ ٢٦٢ ، باب فيمن وجد متاعه عند مفلس ....
وقد صرحا في اسناديهما بالسماع .

(٣) هشام بن يحيى بن العاص بن هشام بن المغيرة المخزومي المدني مستور ، من الخامسة ، روى له ابن ماجة ، انظر : تقريب التهذيب ص ٣٦٥ .

(٤) رواه البيهقي في سننه : ٥/ ٤٦ ، باب المشتري يفلس بالثمن .
وعبد الرزاق في مصنفه : ٨/ ٢٦٥ رقم ١٥١٦٢ .
والدارقطني في سننه : ٣/ ٣٠ .

وروى سليمان [١] بن بلال عن خيثم [٢] بن عراك عن أبيه [٣] عن أبي هريرة ان رسول الله ﷺ قال : (اذا أفلس الرجل فوجد الرجل عنده سلعته بعينها بعينها [٤] فهو أحق بها) [٥]

وهذه الألفاظ نصوص ، وعامتها في الصحيحين . [٦]

وقد أولوا هذه الأخبار وحملوها على الغصوب والودائع وعلى السلع قبل القبض [٧] ، وعلى ما اذا كان للباعة خيار .

ومن تأمل في ألفاظ الأخبار علم أنها مباينة لهذه التأويلات وانها لاتحتمل

---

(١) سليمان بن بلال التيمي ، مولاهم أبو محمد ، وأبو أيوب المدني ، ثقة ، من الثامنة ، مات سبع وسبعين ، روى له أصحاب الكتب الستة .
انظر : تقريب التهذيب ص ١٣٢ .

(٢) خيثم بن عمران بن مالك الغفاري روى عن أبيه ذكر ذلك ابن حجر في تهذيب التهذيب ١٧٢/٧ ، عند ترجمة والده (عراك بن مالك) .

(٣) عراك بن مالك الغفاري الكناني المدني ، ثقة ، فاضل ، من الثالثة ، مات في خلافة يزيد بن عبد الملك بعد المائة ، روى له أصحاب الكتب الستة .
انظر : تقريب التهذيب ص ٢٣٧ .

(٤) كذا في المخطوط بتكرار (بعينها) .

(٥) رواه مسلم في صحيحه : ٢٢٣/١٠ مع النووي ، باب من أدرك ما باعه ....
والبيهقي في سننه : ٤٦/٦ ، باب المشتري يفلس بالثمن .

(٦) انظر : صحيح البخاري : ٦٢/٥ مع الفتح ، باب اذا وجد ماله عند مفلس .....
وصحيح مسلم : ٢٢٣/١٠ ، مع النووي ، باب من أدرك ما باعه عند المشتري .....

(٧) وممن ذكر هذه التأويلات الطحاوي في شرح معاني الآثار : ١٦٥/٤ .

ما قالوها بحال ، والسنة اذا صحت عن الرسول لابد من القول بها .

وقد رووا ان النبي عليه السلام قال : (البائع أسوة الغرماء) [١]

وهذا شئ رواه أبو بكر بن عبد الرحمن بن الحارث بن هشام عن النبي عليه الصلاة والسلام مرسلاً [٢] ، وهو أيضاً في الموت مفلساً [٣] لا على العموم .

وروى الليث بن سعد عن يحيى [٤] بن سعيد .... الخبر الذي رويناه ثم قال الليث : بلغنا ان ابن شهاب قال : أما مَنْ مات ممن أفلس ثم وجد رجل سلعته بعينها فانه أسوة الغرماء ، وحدّث به عن أبي بكر بن عبد الرحمن .

ومثل هذا لا يعارض ما روينا .

ونحتج من جهة المعنى مع وقوع الغنية بالنص فنقول :

البائع لم يسلم له مطلوبه من العوض فله أن يرجع الى مبذوله من العوض .

دليله : المشتري اذا لم يسلم له المبيع بأن يأبق قبل القبض أو يهلك أو يجد به عيباً فيرده فانه يرجع بالثمن المبذول ، وكذلك المسلم فيه اذا انقطع من أيدي

---

(١) رواه الامام مالك في الموطأ : ٥/ ٨١ مع المنتقى، باب ما جاء في افلاس الغريم مرسلاً.
وأبو داود في سننه : ٣/ ٧٩١ ، ٧٩٢ مع المعالم مرسلاً من طريق الامام مالك وقال (وهو أصح) .
وعبد الرزاق في مصنفه : ٨/ ٢٦٤ رقم ١٥١٥٨ .

(٢) قال الخطابي في المعالم (مرسل غير متصل) المعالم ٣/ ٧٩٢ .
وقال الدارقطني في سننه : " ولايثبت هذا عن الزهري مسنداً ، وانما هو مرسل ... " ٣/ ٣٠ .

(٣) لقوله : " وان مات المشتري فصاحب المتاع أسوة الغرماء " .

(٤) يحيى بن سعيد الانصاري .

الناس أو أفلس المسلم اليه يرجع رب السلم في رأس المال .

وأعلم ان الوصف الذي قلناه في نهاية الإخالة ، لأن المبيع معوّض وملك المعوّض بملك العوض وسلامته بسلامته ، فإن البيع عقد مراضاة وثبوت موجبه يبتني على الرضا والبائع لم يرض بأن يملك عليه المبيع الإ بثمنٍ يملكه ، وكذلك لم يرض بأن يسلم المبيع للمشتري الإ بثمنٍ يسلم له وهذا معلوم قطعاً .

والدليل عليه جانب المشتري فإنه اذا لم يسلم له المبيع رجع بالثمن للمعنى الذي قلنا ، كذلك في جانب البائع لأنهما ينزلان من العقد منزلة واحدة ويقومان مقاماً واحداً .

واذا ثبت هذا فنقول : اذا لم يسلم الثمن للبائع فات الرضا في سلامة المبيع للمشتري ففاتت السلامة فثبت له الرجوع وذلك بفسخ العقد ويمكن ان يُعبّر عن هذا فيقال : سلامة المبيع للمشتري مشروطة بسلامة الثمن للبائع ، فاذا لم يسلم الثمن للبائع فات شرط سلامة المبيع للمشتري ، واذا فات الشرط فات المشروط، وهذا لأن العقود في الحقيقة مشارطات شرعية فينظر الى الشروط الناشئة فيها وتبنى الاحكام عليها على مواجبها وخفاياها .

وأما الإشارة الى حقيقة المسألة هو ان تسليم الثمن واجب على المشتري بازاء تسليم المبيع اليه فاذا لم يسلم اليه وعجز عنه رجع البائع فيما سلّمه .

والدليل على ان تسليم الثمن واجب انه عوض مملوك بالبيع فيستحق تسليمه كالمبيع ، وهذا لأن الشئ يقصد بالملك لمقصود الوصول اليه والوصول بالتسليم ، فاذا لم يتحقق منه الوصول بالتسليم لم يتحقق فيه الملك ، وقد أجمعنا على ان الثمن مملوك فلابد من تحقق القبض والتسليم فيه .

يدل عليه : ان هلاك الثمن بمنزلة هلاك المبيع في بطلان البيع .

أما عندنا : فمعلوم .

وعندهم : اذا اشترى شيئاً بفلوس رائجة فكسدت بطل العقد بهلاك الثمن ، واذا كان هلاك الثمن كهلاك المبيع ففوات سلامته بالعجز يكون كفوات سلامة المبيع .

فهذه ووجوه واضحة على نهايته وغايته .

وأما حجتهم :

قالوا : فسخ العقد لو ثبت ثبت بالعجز عن تسليم الثمن فنقول : القدرة على تسليم الثمن لايشترط وجودها في ابتداء العقد لجوازه ففواتها من بعد العقد لايوجب ثبوت حق الفسخ .

دليله : نفس الملك .

ودليله : القدرة على إحضار الثمن في مجلس العقد ، وهذا لأن أمر البقاء أهون من أمر الابتداء على ما عرف / فاذا لم يعمل فوات القدرة في ١٢٦/ب ابتداء العقد فلأن لايعمل في البقاء أولى .

قالوا : والدليل على ان القدرة على تسليم الثمن ليست بشرط في الإبتداء لجواز العقد : أن القدرة على تسليم الثمن انما يكون لوجود المثمن في ملكه كما ان القدرة على تسليم المبيع بوجود المبيع في ملكه ، ولايشترط وجود الثمن في ملك المشترى لجواز شرائه بالإجماع ، فدل ان وجود قدرة على تسليم الثمن ليس بشرط .

ثم حقيقة الكلام لهم أن تسليم الثمن غير واجب ، انما الواجب تسليم بدله ، وهذا لأن الثمن دين في الذمة وتسليم الدين لايتصور ومالايتصور لايمكن ايجابه.

يبينه : ان الدين غير العين ، والتسليم لو وقع في عين فصار التسليم حاصلاً في غير ماهو عوض العقد الإ انا نجعل العين الذي يتناوله التسليم

عوضاً عن الدين الذي وجب في ذمته وثبتت مبادلة شرعية بينهما أو نجعل المقبوض مضموناً على القابض ثم يثبت الإستيفاء بطريق المقاصة على ماسبق في كتاب الرهن .

قالوا : وهذا أولى مما تقولون انا نجعل العين المقبوضة كأنها الدين ، لأنه قلب للحقيقة ، والحقائق لايجوز تعكيسها وتقليبها الأ لضرورة ، ولاضرورة في مسألتنا لما بينا انه يمكن تقرير الدين على حقيقته وجعل العين المقبوضة عوضاً عنه وهذا في البيع .

وأما في السلم فلا يمكن اعتبار هذا المعنى ، فإن الإستبدال بالمسلم فيه لايجوز، فقلنا ان العين المقبوضة هى الدين حكماً وقلبنا الحقيقة بالضرورة ، واذا ثبت هذا فنقول :

العجز عن تسليم الثمن لم يوجد ، وانما يوجد العجز عن تسليم ما هو عوض عن الثمن ، والفسخ الذي يثبتونه انما يكون بسبب العجز عن تسليم ما هو عوض في العقد لا عن تسليم ما هو عوض العوض .

قالوا : ولايلزم على ما قلنا اذا عجز المكاتب عن أداء النجوم حيث يثبت للمولى حق الفسخ مع لزومه من قبله ، لأن العوض المذكور ليس بعوض حقيقة لأنه لايجوز أن يجب للسيد على مملوكه شئ ، وانما هو عوض من طريق المجاز ، واذا لم يكن عوضاً حقيقة صار العتق مبذولاً بازاء دراهم يؤديها العبد فيملكها السيد فصار العتق بازاء ملك الدراهم عيناً فاذا لم يوجد يثبت حق الفسخ ، وفي مسألتنا عوض حقيقة ولو ثبت فسخ العقد لثبت بالعجز عن تسليمه ، وقد بينا انه لايوجد .

قالوا : وأما مسألة كساد الفلوس فانما بطل العقد في تلك الصورة لفوات الثمن أصلاً ، والعقد قيامه بمبيعٍ وثمن فاذا فات الثمنٍ لم يتصور بقاء العقد ،

وفي مسألتنا الثمن باقٍ والموجب للفسخ ما بيناه ولم يوجد .

وقد سلك بعضهم طريقة أخرى وقال : العجز عن تسليم الثمن لم يوجد بافلاس المشتري حساً ولا بموته مفلساً ، لأن سبب القدرة وجود المال في العالم وأهلية تملكه لابوجود ملكه له بدليل الابتداء ، وهذا المعنى بعد الفلس موجود ، ولأنه اذا كان حيّاً فأفلس فيجوز أن يرتفع قيمة المتاع التي في يده فيفي الثمن بجميع الدين ، ويجوز أن يبرئ بعض الغرماء فيقضى بالثمن دين البقية ، ويجوز أن يختص المفلس بعض الغرماء بقضاء الثمن ، وأما اذا كان ميتاً فيجوز أن ترتفع قيمة السلعة ، ويجوز ان يبرئ سائر الغرماء الميت عن الدين فيسلم ماله للبائع فيقضى ما هو واجب له ، فثبت ان العجز لايتحقق بالفلس فلايثبت فسخ العقد وعلى هذه الطريقة منعوا اذا أفلس المسلم اليه وانما يُسلّمون اذا أسلم في رطب فانقطع ، وفي هذه الصورة قد تحقق العجز .

قالوا : وفي مسألتنا لو كان الثمن شيئاً انقطع عن أيدى الناس نقول يثبت فسخ العقد ، والأول طريقة أبى زيد ، والثاني لبعض المتأخرين ، وقد اعتمدوا عليه أيضاً .

وأما مشايخهم :

قالوا : حق البائع وسائر الغرماء يتعلق بالمال تعلقاً واحداً بسبب واحد في وقت واحد فلايقدم البعض على البعض وانما قلنا ذلك ، لأن سبب التعلق موته مفلساً ، وهذا المعنى واحد في حق البائع وجميع الغرماء ، وهذا لأنه بالبيع أزال ملكه وبالتسليم ازال يده فلم يبق له حق فاستوى هو وجميع الغرماء في ذلك ، كذلك ههنا .

قالوا : ولأن فسخ العقد باعتبار العجز عن تسليم الثمن باطل بدليل السلعة الهالكة ، وهذا لأن الثمن معقود به ، والمبيع معقود عليه والمعقود به

تبع للمعقود عليه فالفسخ بالعجز عن تسليم الأصل لايدل على ثبوت الفسخ بالعجز عن تسليم التبع وخرجوا عن هذا السلم .

وقالوا : هلاك رأس المال لايمنع الفسخ بالعجز عن تسليم المسلم فيه ، وكذلك اذا تبايعا عوضاً بعوضٍ فهلاك أحد العوضين لايمنع فسخ / ١٢٧/أ العقد لوجود العيب بالعوض الثاني .

واستدلوا : بما لو كان المشترى رهن المبيع من انسان ثم أفلس المشترى لايثبت حق الفسخ .

فان قلتم : لأجل حق المرتهن لايثبت الفسخ فهاهنا أيضاً وجد حق الغرماء فلأجل حقهم وجب أن لايفسخ العقد .

يدل عليه : أن حق البائع مقدم على حق المرتهن ، لأن سببه أسبق فاجعلوا حقه مقدماً على حق المرتهن فافسخوا العقد ان كان قد وجد سببه .

الجواب :

أما الطريقة الأولى قولهم : " ان القدرة على تسليم الثمن ليس بشرط لجواز العقد ".

قلنا : بل هو شرط ، الاّ ان القدرة تعرف بظاهر أمر لابحقيقة ، وذلك الظاهو هو أن الرجل لما أقدم على الشراء مع علمه ان الثمن يتوجه عليه فالظاهر انه قادر على تسليمه فثبت القدرة على تسليم الثمن تمسكاً بهذا الظاهر الاّ انه لم يعتبر وجوده في ملكه ، لأنا لو اعتبرنا ذلك أدى الى حرجٍ ظاهرٍ يلحق الناس والحرج مدفوع بنص الكتاب فسقط اعتبار وجوده في ملكه لهذا المعنى .

وأما أصل القدرة لسهولة التسليم يعتبر وقد وجد دليل القدرة بسهولة التسليم

عليه وهو إقدامه على الشراء مع علمه بوجوب الثمن عليه وتوجه المطالبة به .

والجملة ان اسقاط تأثير العجز عن تسليم الثمن باطل ، لأن العجز مفوت للوصول الى الثمن المستحق بالعقد ، ويستحيل أن لايكون لفوات الوصول الى الثمن المستحق بالعقد تأثير في العقد ، لأنه عقد استحقاق ، والمطلوب به الوصول الى المستحق ، وعلى ان عندنا لافرق بين الإبتداء والبقاء فان العجز بالفلس اذا قارن العقد لم يلزم العقد ، وكذلك اذا باع من مفلس شيئاً ولم يعلم تفليسه واذا طرأ فات اللزوم أيضاً ، وينتقض ما قالوه بالسلامة عن العيب فانها ليست بشرط لجواز العقد في الإبتداء ثم اذا فات في البقاء يثبت حق الفسخ .

وأما قولهم : " ان تسليم الثمن غير متصور " .

قلنا : ليس كذلك ، لأن التسليم يجب بقدرة الإمكان في كل موضع وقدر الممكن في تسليم الديون ايجاب تسليم امثالها من الأعيان .

وقولهم : " ان الدين لايكون عيناً بحال " .

قلنا : وجوب الدين في الذمة في الإبتداء انما صح ليصير عيناً بالتسليم ولولا اعتبار هذا لم يجب ، لأن ايجاب الشئ بلا وصولٍ اليه لايكون مفيداً والشرع لايأتي بما لايفيد .

وقولهم : " ان هذا خلاف الحقيقة " .

قلنا : وملك الدين في الذمة خلاف الحقيقة ، واذا ثبت ملك الدين في الذمة بخلاف الحقيقة يثبت تسليم الدين أيضاً بخلاف الحقيقة .

فإن قالوا : الملك أمر حكمي والتسليم أمر حسّي " .

قلنا : ثبوت الملك المحكوم كان لفائدة هذا المحسوس ولولاه لم يثبت فاذا ثبت ذلك الملك فلابد من بناء تصور التسليم عليه .

وقولهم : " ان العين المقبوضة يدل عن الثمن الواجب " .

قلنا : العوض الذي يجري فيه التسليم لايجوز أن يكون عوضاً الاّ عما يجري فيه التسليم فلولا ان الثمن مال يستحق تسليمه لم يتصور أن يكون عنه عوض يستحق تسليمه ، وعلى ان ما قالوه يبطل بالسلم فانه لاشك فيه ان المقبوض نفس المسلم فيه .

وقولهم : " ان هناك ضرورة " .

قلنا : وهاهنا ضرورة " .

فإن قالوا : وما تلك الضرورة ؟

قلنا : هي أن يكون العوض الواجب بعقد الإستحقاق مقصود الوصول اليه، لأنه لو لم يكن كذلك لم يستحق بالعقد على ما سبق .

وأما طريقتهم الثانية :

فليست بشئ ، لأن المسألة مصورة فيما اذا وقع العجز عن التسليم ، فاذا قالوا: لاعجز فلاتكون المسألة ، وقد أجمع الفقهاء على تصور المسألة ، ولأنه اذا كان له ألف وعليه دين عشرة آلاف والغرماء كلهم يطالبون وقد ضيقوا الامر عليه فقد تحقق العجز قطعاً ، والذي قالوا من التوهمات فكلها من المعاني الباطلة وهي لاتغني عن نقير ولاقطمير ، وهذا لأنه قد تحقق العجز في وقت استحقاق التسليم فكيف يبطل عمله بتوهم وأمنية ؟، وهذا كالعبد يأبق قبل القبض يثبت للمشتري فسخ البيع ولم يعتبر توهم عود العبد .

وأما طريقة مشايخهم :

فهي طريقة مَنْ لم يعرف المعنى الذي نشأ منه الخلاف لأن عندنا لايثبت فسخ العقد لبقاء حق له في المبيع وانما ثبت فسخ العقد لمعنى يعود الى الثمن وهو عجزه عن تسليمه وهذا كما لو باع عوضاً بعوض وسلم أحد العوضين ثم عجز

بائع العوض الآخر عن تسليمه ثبت له فسخ العقد والرجوع في العوض الذي سلمه وان كان قد أسقط حقه بالبيع والتسليم ولكن كان المعنى فوات التسليم في العوض الآخر

أما تعلقهم بما لو هلك المبيع عند المشتري فنقول :

انما لايفسخ بعد الهلاك لعدم الفائدة / فانه قبل الفسخ يضارب ١٢٧/ب بالثمن وبعد الفسخ يضارب بالقيمة ، والمضاربة واحدة في الحالتين .

فان قالوا : اجعلوه أولى بقدر القيمة .

قلنا : لايمكن ، لأنه لايكون أكثر من مال الغير مغصوب فهلك في يده ، ولو كان كذلك كان أسوة الغرماء ولم يكن أحق بشئ من بينهم .

فإن قالوا : ما قولكم اذا كانت قيمة المبيع أكثر من الثمن ، وفي هذا الموضع يفيد الفسخ ليضارب بقدر القيمة .

قلنا : يفسخ هاهنا .

ونقول في المسألة التي صوّر من وجود العيب اذا كان صاحبه مفلساً ، واذا ردّ لايزيد المضاربة على قدر الثمن لايرد أيضاً .[1]

وأما المسألة الثانية وهي اذا رهن المشترى المبيع من انسان .

قلنا : انما لم يصح العقد في هذه المسألة لتعلق حق المرتهن بالعين المبيعة وهو حق مقدم على حق الغرماء بالإجماع بدليل سائر المواضع ، ولهذا نقول في بيع العوض بالعوض اذا اسلم احدهما ورهن المشتري ثم وجد الآخر بما اشتراه عبيا لايسترده من المرتهن .

وقولهم : " ان حق البائع اسبق " .

---

(١) هكذا العبارة في المخطوط .

قلنا : سبب حقه سابق ، أما حق المرتهن متقدم على حق البائع وسبب الحق لايقدم على الحق .

وأما الذي قالوا : ان الثمن لايكون معقوداً عليه وانما هو معقود به والمبيع معقود عليه .

قلنا : عندنا كل واحد منهما معقود عليه ، وقد سبق في مسألة تعيين الدراهم وعلى انا ان سلمنا انه معقود به لكنه مقصود وفي العجز عنه فوات المقصود ، وقد عمل الشرع أبدع من هذا فانه لو شرط البائع رهناً بالثمن ثم عجز المشتري عن تسليمه فللبائع فسخ العقد فاذا كان العجز عن تسليم الوثيقة بالثمن يثبت حق الفسخ ففي تسليم المعقود به وهو الثمن أولى . والله أعلم بالصواب .

﴿ مسألة الحجر ﴾

الحجر على السفيه المبذّر مستحق عندنا وهو قول أكثر أهل العلم .[(١)]

وعند أبي حنيفة : لايحجر على الحر البالغ [(٢)] ، ووافقه زفر .

وأما صاحباه أبو يوسف ، ومحمد قالا : بقول أكثر أهل العلم [(٣)] فقد قال أبو حنيفة في موضع لا يحجر على الحر إلاّ على ثلاثة نفر : المفتي الجاهل ، والطبيب الجاهل ، والمكاري المفلس [(٤)] ، وهذا عندهم ليس بحجر على الحقيقة انما هو مجرد زجر ومنع لئلا يضروا بالناس في أديانهم وأجسامهم وأموالهم .[(٥)]

---

(١) الأم : ١٩٥/٣ ، المهذب : ٤٣٦/١ ، الحاوي : ٣٥٤/٦ الروضه : ١٧٨/٤ ، المغني ٥٩٥/٦ ، قال ابن قدامة : " قال ابن المنذر : أكثر علماء الأمصار من أهل الحجاز والعراق والشام ، ومصر يرون الحجر على كل مضيع لماله صغيراً كان أو كبيراً وهذا قول القاسم ابن محمد بن أبي بكر الصديق وبه قال : مالك والشافعي ، وأبو يوسف ، ومحمد .... " أ .هـ .

(٢) المبسوط : ١٥٧/٢٤ ، أحكام القرآن للجصاص : ٤٨٩/١ ، بدائع الصنائع : ٤٤٦٣/٩ ، اللباب في الجمع بين السنة والكتاب : ٦٠٤/٢ ، مختصر القدوري : ٣١١/١ ، رؤوس المسائل ص ٣١٠ . الدر المختار : ١٤٨/٦ مع حاشية ابن عابدين ، مختلف الرواية ورقة ١٩٨/ب ، إيثار الانصاف ص ٣٨١ .

(٣) مختصر القدوري : ٣١٢/١ ، أحكام القرآن للجصاص : ٤٨٩/١ .

(٤) المبسوط : ١٥٧/٢٤ ، بدائع الصنائع : ٤٤٦٣/٩ .

(٥) المبسوط : ١٥٧/٢٤ ، بدائع الصنائع : ٤٤٦٤/٩ .

وأما منع المال من السفيه :

فعندنا : لا إشكال في ثبوته .[١]

وعند أبي حنيفة : يمنع منه المال حتى يبلغ خمساً وعشرين سنة فاذا بلغ هذا السّن أُطلق عن ماله ويسلم اليه يعمل فيه ما يشاء .[٢]

لنا :

ان الشرع ناظر ، والسفه معنى مخيل في ايجاب النظر ، والحجر نظر ، فوجب الحجر نظراً .

دليله : الحجر في حق الصغير .

وانما قلنا : " ان السفه مخيل في ايجاب النظر " لأنه تارك للنظر لنفسه والشرع ناظر لِمنْ لاينظر لنفسه كما هو ناظر لِمَنْ ليس بأهل النظر ، وهذا لأن المعتبر فوات النظر ولا فرق في فوات النظر بين أن يكون لفقد الأهلية وبين أن يكون بتركه النظر لنفسه مع وجود الأهلية فنقول مَنْ فاته النظر نظر له الشرع ، دليله : الصغير .

وأما قولنا : " ان في الحجر نظراً " ، لأنه بالحجر يبقى ماله محفوظاً عليه ، والسفه سبب مضيع للمال ففي ترك الحجر عليه وتخليته وسفهه ترك النظر له ، وفي الحجر عليه ومنعه من التصرفات نظر له ، ثم الدليل على هذا الأصل الذي قلناه فصل منع المال ، فإن السفيه يمنع منه المال نظراً له فيحجر عن التصرف نظراً له أيضاً .

---

(١) النكت : ورقه : ١٥٥/ب .

(٢) مختصر القدوري : ٣١٢/١ ، أحكام القرآن للجصاص : ٤٨٩/١ ، المبسوط : ١٦١/٢٤ ، بدائع الصنائع : ٤٤٦٧/٩ ، الدر المختار : ١٥٠/٦ ، مع حاشية ابن عابدين .

يبـينه : ان النظر لايكمل بمنع المال مع اطلاق التـصرف فـانه ان لم تصل يده الى هذا المال ليـهب ويتبرع فيـتصرف بالمحاباة والبيـاعات المغاينة [١] ، ويقـر بماله لمن يهواه ويحبه فثبت ان النظر لايكمل إلاّ بالحجر فوجب الحجر لكمال النظر .

وعلى أنهم قـالوا انه يمنع منه المال حتى يبلغ خمساً وعـشرين سنة فـاذا بلغ هذا القـدر من السـن يُسلم اليـه المال ، فـان كـان يمنع منه المال قـبل بلوغـه هذه المدة لسفهه فليمنع من بعد ، لأن السفه موجود ، وان كان يسلم اليه بعد بلوغه هذه المدة بعـقله فليـسلم اليـه من قـبل ، لأن العـقل موجـود ، فـهـذه مناقـضة فـاحشـة لايلتزمها مَنْ له أدنى سمة من الفقه .

ويمكن أن يقـال ان منع المال أحد الحـجرين ، لأنه بملكه المال يسـتحق اليـد كـمـا يسـتحق التـصرف ، وكـمـا ان دفع المال أحد الإطلاقين ثم السـفـه لما أوجب أحد نوعي الحجر فليوجب الآخر .

يدل عليـه : ان منع المال حجر من التـصرف محسوسـاً لأنه لايمكنه التـصرف في ماله إلاّ / بالتسليم فاذا أوجب السفه حجراً حسّاً فليوجب حجراً شرعياً بل ١٢٨/أ هذا أولى . لأن الحجر محسـوساً أبلغ من الحجر مشروعـاً ، فـإذا ثبت أبلغ نوعي الحجر بالسفه فلئن يثبت الثاني أولى .

وأما حجتهم :

قالوا : حر عاقل بالغ فلا يحجر عليه في التصرفات كالرشيد ، وربما قالوا : مكلف فلا يمنع من التصرف بحقه كالرشيد ، وهذا لأن العقل يفيد أهلية التصرف والملك يفيد محلية التصرف فاذا اجتمعت الأهلية والمحلية صح التصرف ولم يمنع منه بحال .

---

(١) كذا في المخطوط .

يبينه : ان التصرف حقه ولو منع منه لمنع بحقه وحقه لايمنع حقه .

ومعتمدهم في فقه المسألة : ان البالغ انما يطلق عنه الحجر لعقله ، والعقل قائم بعد السفه فبقى له اطلاق الحجر والدليل على بقاء عقله على ما كان الحسّ والعيان ، ولأن خطاب الشرع عليه مستمر حسب ما كان من قبل ، قالوا : ولايجوز أن يقال انه ناقص العقل ، لأنه لو كان ناقص العقل لأثّر في خطاب الشرع ، وهذا لأن السفه ليس بمنقصٍ للعقل ولا معدم إياه ، انما غاية ما في الباب انه يكابر عقله ولا يجري على سنن العقلاء فاستحق التأديب والزجر ، وعندنا : يزجر ويؤدب ، فأما الحجر مع وجود كمال العقل فمحال .

ثم قالوا : نقصان العقل وكماله أمر في الباطن لايوقف عليه فلو اعتبرناه لإدارة أحكام الشرع عليه أدى الى الحرج فنقل الشرع ذلك الى بلوغه ، لأنه زمان اعتدال العقل في الغالب وأدار الحكم عليه وجوداً وعدماً ، فان وجد نقصان عقل أو ترك طريقة العقلاء لم ينظر الشرع اليه واعتبر السبب الظاهر وهو بلوغه

قالوا : وأما قولكم : " ان السفه مخيل في ايجاب النظر " .

قال : ليس كذلك ، لأن السفه جناية ، والجناية لاتوجب النظر لكن يجوز أن تكون موجبة للعقوبة والتأديب ، ونحن نزجره ونؤدبه ليترك السفه ويأخذ طريق أهل الرشد .

وأما الصبي فلم يبلغ زمان اعتدال العقل ، فلهذا استمر عليه الحجر بخلاف السفيه على ما سبق .

والدليل على الفرق خطاب الشرع فان السفيه يخاطب بخلاف الصبي .

ويدل عليه : ان اقرار الصبي بالحدود والقصاص باطل ، واقرار السفيه جائز وطلاقه باطل ، وطلاق السفيه واقع ، وكذلك نفس الصغر يوجب الحجر ونفس السفه لايوجب الحجر ما لم يوجد الحجر من الحاكم ، وليس المفرق بين الصورتين

في هذه المواضع إلا ما قلنا من وجود العقل المعتبر من العاقل وعدمه في الصغير . وقد اعتمد بعضهم في التعلق بالحكم على فصل الاقرار بالحدود والقصاص وقال : السفه لم يوجب الحجر في التصرفات الواردة على النفس والدم فلا يوجب الحجر في التصرفات الواردة على المال ، وهذا أولى لأن النفس أعز من المال والنظر لها أولى فاذا اعتبرنا أصل العقل في التصرفات الواردة على النفس ولم ينظر الى السفه العارض فكذلك في تصرفات المال يكون كذلك.

قالوا : وأما منع المال عنه فهو نوع تأديب فان السفه في الغالب يظهر في التبرعات والهبات ، فاذا منعنا منه المال لم يصل يده الى أمواله ليبذرها بالهبات والتبرعات فيتأدب ويتهذب إلاّ ان هذا التأديب والتهذيب انما يستعمل فيه مادام يرجى منه الرشد فأما اذا بلغ خمساً وعشرين سنة وصار بحيث يصلح أن يكون جداً نفع الناس في الغالب أن يهذبه ويؤدبه ، وقال به فنخلي وعقله ، وأنما قلنا يصلح أن يكون جداً ، لأن أقل مدة تحبل المرأة من الانسان وتلد عنه انما هو اثنا عشر سنة ، وهذا على أصلهم .

وربما يقولون يمنع منه المال لسفهه ولا يحجر عليه لوجود أصل العقل فيه ، فلو قلنا يحجر عليه في التصرفات كما منع منه ماله أدى الى تعطيل اصل عقله والإعراض عنه وهذا لايجوز ، والأولى من أعذارهم أن يحيلوا في منع المال على النص وهو قوله تعالى :(فَإِنْ آنَسْتُمْ مِنْهُمْ رُشْداً فَادْفَعُوا إِلَيْهِمْ أَمْوَالَهُمْ)(١) ثم يقولوا : لايقاس الحجر على منع المال، لأن الحجر عن التصرفات أعظم من منع المال ، فان بمنع المال عنه يلتحق بفقير معدم .

وبمنعه من التصرفات يلتحق ببهيمة ، وليس اذا ألحق بفقيرٍ ما يدل على انه يلحق ببهيمة .

---

(١) سورة النساء آية (٥) جزء من آية .

وأما اذا بلغ خمساً وعشرين سنة فيقلّ سفهه بمضي هذه المدة عليه بلا اشكال فان منتهى زمان البلوغ عندي ثمان عشر سنة وبعد سبع سنين الى خمسة وعشرين سنة ، وهذه مدة حدوث كياسة طبيعته / معتبرة في الشرع حتى ان ١٢٨/ب الصبي اذا بلغ سبع سنين يؤمر بالصوم والصلاة ، كذلك ههنا اذا مضت هذه المدة بعد البلوغ حدث عقل تجربة على العقل الطبيعي فينقص السفه الذي هو ترك لطريقة العقلاء أو مكابرة العقل فمنع المال من قبل لايدل على منع المال عند بلوغه هذه المدة .

وربما ينقلون عن الفراء أبى زكريا[١] يحيى بن زياد [٢] أنه قال في قوله تعالى: ﴿ فَإِنْ آنَسْتُمْ مِنْهُمْ رُشْداً فَادْفَعُوا إِلَيْهِمْ أَمْوَالَهُمْ ﴾ [٣] قال : اذا بلغ خمساً وعشرين سنة . [٤]

واستدلوا أيضاً : بالولاية في النكاح فانها غير تامة على السفيه .

قالوا : فكذلك الولاية في سائر التصرفات وكما يوجد بتبذير المال بالبياعات يوجد بكثرة الأنكحة وربما يكون التبذير بهذه الجهة أكثر .

---

(١) في المخطوط (أبى بكر) والتصويب من العبر في أخبار مَنْ غبر : ٢٧٨/١ .

(٢) الفراء : أبو زكريا يحيى بن زياد الديلمي كان أعلم الكوفيين بعد الكسائي ، له معاني القرآن ، والمذكر والمؤنث ، توفي سنة ٢٠٧هـ .

طبقات النحويين ص ١٣١ ـ ١٣٣ ، بغية الوعاة : ٣٣٣/٢ ، العبر : ٢٧٨/١ ، البداية والنهاية : ٢٧٢/٩ .

(٣) سورة النساء آية (٦) .

(٤) لم أجد من نسبه اليه فيما اطلعت عليه .

الجواب :

قولهم : " حر عاقل بالغ "

هذا تمسك بمجرد صورة .

وكذلك قولهم : " مخاطب مكلف " وهذا لأنه وان كان حراً عاقلاً بالغاً لكنه سفيه ، فَلِمَ قلتم ان البلوغ والعقل ينافيان الحجر عند معارضة السفه إياهما ؟، وهذا لأن تبذير المال وتضييعه حرام ، وقد ذم الله تعالى المبذرين بنهاية المذمة قال الله تعالى : ﴿ إنَّ المُبَذِّرِينَ كَانُوا إخْوَانَ الشَّيَاطِينِ وكَانَ الشَّيْطَانُ لِرَبِّهِ كَفُورا ﴾ (١)

فوجب المنع من التبذير والحجر منع من التبذير .

وأما قولهم : " انه وجدت أهلية التصرف ومحلية التصرف " .

قلنا : قد بينا ان السفه قد عارض العقل فمنعه من العمل ، وعلى انا نقول ان العقل مع الرشد سبب اطلاق الحجر فأما بدون الرشد فلا ، واذا تحاكمنا الى المعاني فالرشد أولى بالإعتبار من البلوغ ، لأن الرشد يحمله على الإصلاح في المال واعتبار البلوغ مجرد صورة وليس فيه دليل على امتناع من تضيع أو إكتساب لإصلاح في مال انما هو مجرد بلوغ مدة ومضي زمان فنقول اذا اعتبر البلوغ فلأن يعتبر الرشد أولى .

فإن قالوا: نحن لانعتبر البلوغ وانما نعتبر العقل والبلوغ عَلَمٌ على العقل.

قلنا : ينبغي أن لانعتبر عقله قبل البلوغ ، وبالإجماع هو معتبر .

ثم يقال لهم : هل تعتبرون الرشد مع العقل ؟ فإن قالوا : لانعتبر .

---

(١) سورة الاسراء آية (٢٧) .

قلنا : اذا اعتبر العقل فالرشد أولى ، لأن الرشد استعمال العقل ، والعقل لايراد لعينه انما يراد لاستعماله فاذا اعتبر أصل العقل فلئن يعتبر استعماله أولى .

ويقال أيضاً نقصان العقل بالصغر انما يؤثر لتوهم السَّفه فاذا كان توهم السَّفه يؤثر فحقيقة السَّفه أولى .

وأما قولهم : " ان السَّفه جناية ، والجناية لاتوجب النظر " .

قلنا : بل يوجب ، لأن جميع الزواجر المشروعة بالجنايات نظر للعباد ، وهذا لأن الشرع ناظر للعباد على الدوام ، والسَّفه ترك النظر من العبد لنفسه ، وترك النظر من العبد لايوجب ترك النظر من الرب له ..

ويمكن أن يقال ان الحجر عقوبة ونظر جميعاً مثل منع المال سواء .

وأما قولهم : " انه ليس بناقص العقل " .

قلنا : يكفيه تركه طريقة العقلاء ومكابرة عقله على ما سبق شرحه .

وأما فصل منع المال :

فهي في نهاية الإشكال عليهم .

وقولهم : " انه للتأديب " .

قلنا : فاجعلوا كذلك في مسألتنا ، ثم هو نظر وتأديب جميعاً .

وكذلك نقول في الحجر ثم ينتقض بما اذا بلغ خمساً وعشرين سنة .

وقولهم : انه وقع اليأس عن رشده .

وادعوا [1] يه هذيان ، لا بل لايقع اليأس مادام في الأحياء كما لايقع اليأس من توبته عن الفواحش ، بل الرجاء كلما طعن في السن أكثر ، وعلى ان هذا

---

(١) كذا في المخطوط ولعله (وما ادعوا به ......) .

يقتضي ان كل مَنْ يزجرُ عن جناية ومعصية قبل بلوغه هذا السن فاذا بلغ هذا السِّن يُخلَّى حتى يفعل ما يشاء ، ويقال قد وقع اليأس عنه وهذا لايقول به أحد .

وقولهم " في الحجر تعطيل أصل عقله " .

قلنا : لا ، لأن الخطاب عليه متوجهة وطلاقه واقع ، وإقراره بالحدود والقصاص جائزة لعقله .

وقولهم : " ان المنع بالنص غير معقول المعنى " .

قلنا : لايجوز ترك طلب المعاني بمثل هذا القول خصوصاً إذا كانت المعاني مخيلة مؤثرة .

وأما قولهم : " انه اذا بلغ هذا السِّن اتنقص سفهه " .

قلنا: الكلام فيمن يستمر عليه السَّفه والذي قال انه حدث عقل تجربة.

قلنا : وجد سفه تجربة أيضاً فان ركوب الهوى يدعو الى أمثاله والسفه يجلب السفه فليس فيما قالوه طائل .

وأما تعلقهم بالإقرار بالحدود والقصاص : فنقول سبب المنع هو السَّفه فيمنع في محل السَّفه ومحل السَّفه هو المال دون النفس فان شفقته على نفسه تمنعه من اهلاك نفسه ، وهواه وشهوته يحملانه على اهلاك المال ، ولهذا المعنى يُخلَّى ونفسه ولايُخلَّى وماله بل يمنع على ما سبق .

وهذا معتمد في هذا الفصل .

وأما فصل الطلاق فليس بتصرف في المال ، ولهذا لايمنع منه / السَّفه . ١٢٩/أ

والحرف : ان الطلاق ليس بتصرف في محل السفه بخلاف التصرفات التي اختلفنا فيها .

وكذلك الجواب عن النكاح الإ أن النكاح لما كان لاينفك عن المال لحقه نوع حجر لاتصاله بالمال حتى لايجوز ان ينكح بنفسه ولايجوز أن يتصرف عليه الولي

أيضاً لما بينا انه ليس بتصرفٍ في ماله حتى أن الولي لو عيّن له المرأة والمهر يجوز أن يتزوج ولو رضى السّفيه يجوز أن يزوجه الولي أيضاً .

وأما قولهم : " انه لايصير محجوراً عليه بنفسه " .

قلنا : قد منع على أحد الوجهين ، وان سلم على ظاهر المذهب فلأن السفه والرشد يوقف عليهما بالإجتهاد فلم يكن بد من نظر الإمام حتى يجتهد فاذا وقف عليه حجر عليه بخلاف الجنون فانه بمنزلة النص المغني عن الإجتهاد .

والله تعالى أعلم بالصواب وهو الموفق والمعين .

﴿ كتاب الصلح ﴾

مسألة :

الصلح على الانكار [١] باطل عندنا . [١]

وعندهم : هو صحيح . [٢]

لنا :

ان الصلح معاوضة ، ولا عوض في الصلح على الإنكار فبطل الصلح .

وانما قلنا : " لا عوض فيه " ، لأن مال الصلح لابد له من عوض في الجانب الثاني يستحقه من يستحق عليه مال الصلح ، ومال الصلح مستحق على المدعى عليه ولا عوض يستحقه في مقابلته ، لأن عوضه لو كان لكان هو العين المدّعاة والعين المدّعاة ليست بملك للمدعى حتى يستحقها المدعى عليه بإزاء ما يبذله ويعطيه من مال الصلح ، بل هي ملك المدعى عليه وبحجة يده ، فثبت انه لاعوض يقابل مال الصلح ، واذا فُقدَ العوض فقدت المعاوضة ، وقد بينا ان

---

(١) صورة الانكار : أن يدعى رجُل على رجل ديناً أو عيناً والمدعى عليه ينكر ثم يقول : صالحني على دعواك الكاذبة أو عن دعواك ... ايثار الانصاف ص ٣٧٢ .
الأم : ٣/١٩٧ ، المهذب : ١/٤٣٩ ، معالم السنن : ٤/٢٠ ، النكت ورقه : ١٥٦/أ ، روضة الطالبين : ٤/١٩٨ ، الحاوي : ٦/٣٦٩ .

(٢) مختصر الطحاوي ص ٩٨ ، مختصر القدوري مع الجوهرة : ١/٤١١ ، الاسرار : ٢/١٨٧/ب رؤوس المسائل ص ٣١٥ ، البدائع : ٧/٣٤٩٢ ، كنز الحقائق مع شرحه البحر الرائق : ٧/٢٥٦ ، إيثار الإنصاف ص ٣٧٢ ..

الصلح معاوضة فاذا فقدت المعاوضة لابد من بطلان الصلح .

وقد قالوا : ان المدّعى معتاض عما لايملكه فصار كما لو باع ملك الغير ليكون العوض له ، والمدعى عليه باذلٌ للعوض من غير شئ يقابله فبطل أيضاً فلم يبق لتصحيح الصلح وجهٍ ما .

ثم الدليل على انه لم يثبت للمدعى حق بدعواه انه لايخلو : -

إما أن يثبت بنفس قوله أو بوجود حجة على قوله ولايجوز أن يثبت بنفس قوله لأنه خبر يحتمل الصدق والكذب والمحتمل لايكون حجة .

وانما لايكون حجة لأن أحد وجهي الإحتمال يعارضه الآخر فسقط موجبه ، ولايجوز أن يكون بوجود حجة ، لأن الحجة هي البينة ولو[1]توجد ، ولأن قول المدعى في الإثبات عارضه قول المدعى عليه في النفي فسقط قول المدعى بالمعارضة .

يبينه : ان الشرع جعل القول قول المدعى عليه لوجود يده في العين ان كانت الدعوى في العين ولتمسكه بأصل برآءة ذمته إن كانت الدعوى في الدين اذ الأصل أن لا شئ عليه .

واذا صار القول قول المدعى عليه بحجة شرعية سقط قول المدعى .

وقد دل على هذا الأصل الذي ادّعيناه قوله عليه السلام (لو اعطى الناس بدعواهم لأدعى قوم دمآء قوم واموالهم) فأخبر ان الدعوى لايجب بها شئ .

والحرف الوجيز في المسألة : ان نقول : أخذ المال بالصلح على الإنكار أكل مال بالباطل ، لأنه لاجهة لصحته في الشرع فهو كرشوة يعطيها إنساناً ليكف عن ايذائه أو لئلا يقصده في ماله ونفسه ولايسعى به الى السلطان وهو حرام بالإجماع كذلك ههنا .

---

(١) كذا في المخطوط ولعله " ولم " .

والذي نريده تقريراً ان حقيقة الرشوة بذل مال الانسان ليكف عن ما يجب الكفّ عنه أو ليفعل ما يجب عليه فعله بأصل الشرع .

والحال في مسألتنا من هذا القبيل ، لأن المدعى عليه يبذل ماله للمدعى ليكف عن منازعته وخصومته وعليه ذلك ان لم يكن عنده حجة وان كان عنده حجة فيقيمها أو يحلف المدعى عليه .

فأما مخاصمته واذاءه ليأخذ مالاً عنه فحرام بالإجماع .

وأما حجتهم :

تعلقوا بعموم قوله تعالى : ﴿ والصُّلْحُ خَيْرٌ ﴾ [١] .

ونقل آثار عن جماعة من الصحابة ادّعوها يوافق مذهبهم وقالوا : الحق ثبت للمدعي بدعواه في حقه ، لأن قول الانسان محمول على الصدق ماأمكن ، ولأن جانب الصدق أرجح من جانب الكذب ، لأنه مدعو اليه لعينه ، ولأن عقل الانسان ودينه يحملانه عليه . وأما الكذب فانما يرتكبه الإنسان لغرضٍ يحمله عليه .

ويدل عليه من جهة الحكم : / ١٢٩/ب

ان المدعي لو أبرأ المدعى عليه عن ما ادعاه صح إبراءه وهذا لثبوته في حقه .

ولهذا لو أراد أن يدعى بعد ذلك لم يكن له ، اذا كان الحق الذي ادعاه محل الإبراء كان محل الصلح ، ولأنه لو ادعى عينا في يد انسان انها ملكه فقال ذو اليد : ليست العين لي ولا أدري لمن هي ؟ فانه يجوز للمدعي اخذها ويمكّن من ذلك ولا يمنعه الإمام عنها ولولا ان بنفس الدعوى تثبت الشئ له في حقه والإ لم يجز له الأخذ .

---

(١) سورة النساء آية (١٢٨) جزء من آية .

قالوا : وأما قول المدعى عليه في النفي فهو قول مسموع شرعاً من المدعى عليه لدفع المدعى عن نفسه على معنى انه لايثبت ما ادعاه في حقه ، ونحن انما ادّعينا ثبوته في حق المدعى .

فان قلتم على مَنْ يثبت ؟

قلنا : يثبت على المدعى عليه في حق المدعى أيضاً ، وهذا لأن في هذا حمل قول المدعى على الصدق من غير ضرر يمس المدعى عليه فلا يترك اثبات هذا القدر بحرمة الصدق وترجيح جانبه .

قالوا : واذا ثبت ان الحق ثابت في حقه فنقول : وجد لهذا الصلح جهة الجواز والصحة ، لأن المدعى عليه يبذل المال لدفع أذاه وشره على زعمه ، والمال مُعَدّ للمصالح ، وهذا من أصلح المصالح وهو أن يبذله لدفع شر المدعى عن نفسه وأذاه وليفتدي به عن اليمين التي اتجهت عليه ، فانه اذا حلّفه ربما يظن به الكذب ويقع في القال والقيل من الناس أو يوافق يمينه قضاء ينزل به من بلاءٍ فيقال انه نزل به البلاء لكذبه في يمينه ، والعاقل يحترز من مثل هذا ويعد ماله ليدفع عن نفسه أمثال هذا ويصرفه في مثل هذه المصالح ، وقد نقل عن عثمان وحذيفة رضي الله عنهما الإفتداء من اليمين . هذا في جانب المدعى عليه .

وأما من جانب المدعى فيأخذ بدل الصلح عوضاً عن حقه الثابت له في زعمه ، وهذا جائز طلق لاحظر من الشارع ولا حجر فقد استقام صحة هذا الصلح من الجانبين فلم يترك تصحيحه ، لأن الصلح شرع لقطع المنازعات والخصومات .

ألا ترى ان الله تعالى لم يذكر الصلح في القرآن الإعند وقوع التنازع

كقوله تعالى : ﴿ وَإن أمْرَأَةٌ خَافَتْ مِنْ بَعْلها نُشُوزاً أوْ إعْراضاً ...﴾ الآية[١]

وكذلك قوله تعالى ﴿ وانْ طَآئِفَتَانِ مَنْ الْمُؤمْنِين اُقتتلواْ فَأصْلِحُوا بيْنَهُمَا...﴾[٢] ، وغير هذا من الآي .

واذا كان لقطع المنازعة والخصومة ، والخصومات والمنازعات انما تكثر حال التناكر والتجاحد، فكانت هذه الحالة أولى أن يكون حالة الصلح من حال الإقرار.

قالوا : ولهذا قال أبو حنيفة : أجوزُ ما يكون الصلح هو الصلح على الإنكار .[٣]

واذا ثبت هذا الذي قلناه ، فمتى وجدنا طريقاً في الشرع لتصحيح الصلح لايترك لتنقطع المنازعة والخصومة بينهما .

قالوا : وبهذا وقع الفصل بين مسألتنا وبين سائر ما استشهدتم من ضروب الرشى ، لأن في تلك المسائل بذل الباذل صحيح ، ولكن الآخذ لايجوز له الأخذ ، لأنه لاجهة لجواز أخذه .

وفي مسألتنا قد بينا جهة صحيحة لجواز أخذ العوض فاعتبر ذلك .

قالوا : يصح هذا الصلح بطريق آخر : وهو طريق الإسقاط لا طريق المعاوضة والصلح تارة يصح بجهة المعاوضة وتارة يصح بجهة الإسقاط بدليل ما لو صالح من ألفٍ على خمسمائة .

وبدليل صلح المتوسط فانه يصح بجهة الإسقاط ، ومعنى صلح الإسقاط ان

---

(١) سورة النساء جزء من آية رقم (١٢٨).

(٢) سورة الحجرات ، جزء من آية (٩) .

(٣) بدائع الصنائع : ٣٤٩٣/٧ .

المدعى اسقط الحق الثابت له على زعمه بمالٍ بَذَلَه المدعى عليه فيصح ذلك ، كما اذا بذله المتوسط فإنه يجوز .

وفائدة الصلح على هذا الوجه : سقوط خصومة المدعى وسقوط اليمين على المدعى عليه وبرآءة ذمة المدعى عليه عن حق ثابت في زعم المدعى وينتفع به ، فانه قبل هذا لو أراد المدعى اقامة البينة تمكن من ذلك وبعده لايتمكن .

والمعتمد على هذه الطريقة صلح الأجنبي المتوسط ، وهو في نهاية الإشكال ، وهو مسلم اذا كانت الدعوى في الدين وقد نص عليه الشافعي مطلقاً من غير فرق بين العين والدين الإأن على زعم الأصحاب المسألة مسلمةً في دعوى الدين.

وحرف الإشكال في صلح الأجنبي انه صلح في الحقيقة عن المدعى عليه لأن المقصود والغرض يجعل له وهو منكر ، وقول الأجنبي للمدعى انك محق في دعواك قول باطل غير مقبول على المدعى عليه ، وكذا قوله : " انه قد أقر في السرّ ووكلني " ، قول باطل غير مقبول لأن القول قول المدعى عليه انه ليس عليه شئ فانه لم يوكله في شئ ومع ذلك صح صلح الأجنبي عن المدعى عليه مع انكاره فوجب أن يصح صلحه بنفسه مع انكاره بل هذا أولى ، لأن الحاجة الى الصلح ماسّة للمدعى عليه لا للمتوسط فإذا جاز من المتوسط لقطع المنازعة بين المتخاصمين فلئن يجوز من الانسان نفسه لقطع المنازعة / بينه وبين ١٣٠ /أ غيره أولى ، وقد قال بعض مشايخهم :

ان العقد بُني على قول مَنْ يدعى جوازه بدليل ماشهد[١] انسان بحرية عبد لانسان وَرُدّتْ شهادته ثم اشتراه فانه يجوز ويبنى العقد على قول مَنْ يدعى جوازه وهو صاحب العبد . وربما يقولون اذا صح هذا العقد عند موافقة صاحبه

---

(١) لعل صحة العبارة (مالو شهد) .

إياه على ما يزعمه فمخالفته لاتبطل .

دليله : هذه المسألة وقد قال أبو زيد في الأسرار في ابتداء الطريقة في هذه المسألة [١] : ان المدعى احد متداعى الملك فيجوز له أخذ العوض ببذل ما يدعيه لنفسه دليله : ذو اليد ، ولافرق بين الجانبين ، لأن كل واحد يدعى الملك لنفسه وينكره صاحبه ، والمعتمد لهم ما سبق .

الجواب :

أما الأول : قولهم " ان الحق ثابت للمدعى في حقه " ؟ .

قلنا : لا نسلم ذلك ، لأن الشرع لم يصدقه في زعمه ولو ثبت ما قالوه لثبت شرعاً ، فاذا لم يصدقه الشرع وجعل القول قول المدعى عليه فكيف يتصور ثبوت الشئ في حقه .

وقولهم : " ان الشرع جعل القول قوله فيما يرجع اليه " .

قلنا : الوجوب في حق المدعى راجع اليه .

وقوله : " لاضرر عليه " .

قلنا : الضرر ثاني الأمر ، وانما الكلام في ثبوت الوجوب أو نفيه ، والمدعى عليه ينفي الوجوب وقد جعل الشرع القول قوله ، وهذا الجواب معتمد.

وأما قولهم : " ان قول الانسان يحمل على الصدق ما أمكن " .

قلنا : اذا لم يصدقه الشرع وصدق خصمه سقط هذا الكلام ، ويقال لهم : العوض لابد من ثبوته في الجانبين والذي ادعاه المدعى ان كان ثابتاً على المدعى عليه في حق المدعى فهو غير ثابت للمدعى في حق المدعى عليه فثبوته في

---

(١) انظر : الأسرار : ٢/ ١٨٨/أ ، ب .

الجانبين في حق المدعى عارضه انتفاؤه في الجانبين في حق المدعى عليه فسقط الثبوت أصلاً .

أو يقال ثابت من وجه لا من وجه ، والعوض الذي سبيله هذا لاينعقد به عقد المعاوضات ، وهذا حرف في نهاية الحسن فليتمسك به .

وأما فصل الإبراء ، قلنا : لانسلم صحة الإبراء ولئن سلّم فهو لايشبه الصلح ، لأن الإبراء عقد ينفرد به صاحب الدين ، والصلح عقد من الجانبين فيجوز أن يعتبر في العقد الذي ينفرد به صاحب الدين بزعمه ، وفي العقد الذي يعقد من الجانبين يعتبر زعمهما ، واذا اعتبر زعمهما فلو كان زعم احدهما يصححه فزعم الآخر يبطله فلا يصح .

وأما قولهم : " ان وجه صحة هذا الصلح أن المال المبذول من هذا الجانب على كذا ومن الجانب الآخر على كذا " .

قلنا : لو كان كما قالوه في جانب المدعى عليه وجب أن لايلزمه العوض بنفس الصلح بل يعتبر وجود التسليم ، لأن مَنْ بذل مالاً لدفع شر انسان لابد فيه من تسليمه اليه ليلزمه ، والذي قال في الجانب الآخر هو عوض في حقه عما ادعاه فهو بناء على ثبوت المدعى في حقه ، وقد ابطلنا ، وعلى أنا بينا ان العقد عقد معاوضة فلا يستقل باحد الجانبين وعند اعتبار الجانبين لايتصور صحة هذا الصلح على ما سبق بيانه .

وأما قولهم : " انه يصح هذا الصلح على جهة الإسقاط " .

قلنا : هذا لايصح ، لأنه لو كان على هذه الجهة وجب أن يختص جواز الصلح على الإنكار بالديون ، ولايجوز في الأعيان ، لأن الإسقاط انما يصح في الديون ، فأما في الأعيان فلا ، وعلى أن الإسقاط انما يصح في شئ ثابت ولا ثبوت في مسألتنا أصلاً .

وأما صلح المتوسط فقد خبط فيه الأصحاب خبطاً ظاهراً وربما منعوا أيضاً مع نص الشافعي ، ولا وجه له ، لكن الجواب عنه : ان صلح المتوسط انما يصح على جهة الإسقاط لا على جهة المعاوضة ، ولهذا يختص بالدين ويبطل في العين ونقول : لاتجب الشفعة اذا صالح على شقص ، ولايثبت فيه خيار الشرط ولا يفسخ بحال .

وعندهم : لو صح الصلح على الإنكار لصح بجهة المعاوضة [(١)] وقد قالوا يصح فيه .... [(٢)] ولو صالح على شقص تجب فيه الشفعة [(٣)] وثبت فيه خيار الشرط [(٤)] ، وشرط صحة صلح المتوسط أن يعترف المتوسط بصدق المدعى .

فإن قالوا : هلا جوّزتم أنتم صلح المدعى عليه على هذه الجهة " ! .

قلنا : لايمكن ، لأن المتوسط يزعم ان الحق واجب للمدعى فيصح التماسه الإسقاط بمال يبذله بخلاف المدعى عليه فانه يزعم ان المدعى كاذب فكيف يلتمس الإسقاط منه بما يبذله ؟

قالوا : لِمَ جوّزتم من الأجنبي ؟

قلنا : لأنا وجدنا له مثالاً وفائدة ، أما المثال فهو الخلع مع الأجنبي ، وأما الفائدة وصول عوض الى المدعى وسقوط منازعة عن المدعى عليه مثل الفائدة في خلع الأجنبي .

قالوا : لِمَ أعرضتم عن انكار المدعى عليه في هذه الصورة وبنيتم العقد

---

(١) مختصر القدوري : ٤١١/١ ، مع الجوهرة .

(٢) بياض في المخطوط .

(٣) مختصر القدوري : ٤١١/١ مع الجوهرة .

(٤) الجوهرة على مختصر القدوري : ٤١٠/١ .

على اعتراف الأجنبي مع كونه أجنبياً / عن هذا الدعوى ؟ ١٣٠ /ب

قلنا : انما صححنا على جهة الإسقاط ، والإسقاط لايتم لصاحب الحق وحده فاذا استغنى صحته عن مَنْ عليه الحق بنينا صحته على دعوى المدعى واعتراف مَنْ يعقد معه ويلتزم المال في مقابلة الإسقاط اذ لاحاجة الى أكثر من هذا فانه لما تم الإسقاط لصاحب الحق صححنا الإسقاط بناء على زعمه ، واعتبرنا أيضاً اعتراف المتوسط ليصح التزامه المال ، وهذا العقد لم يمس جانب المدعى عليه الإ في عود فائدة اليه ان كان المال واجباً عليه وهو السقوط عنه وفي مثل هذا يعرض عن جانبه زعماً كما يعرض عن جانبه رضا بدليل خلع الأجنبي .

وأما في مسألتنا لو صح هذا الصلح صح معاوضة ولاسبيل الى تصحيحه بوجه على ما بينا .

وقولهم : " يصالح عنه " .

قلنا : قد بينا انه اسقاط بالتزام مالٍ ، وعلى هذا لانقول ان هذا العقد صلح حقيقة ، لأن عندنا الصلح لايكون الإ معاوضة وانماهو ما ذكرناه سمى صلحاً مجازاً ، والأجنبي هو المصالح وهو العاقد الإ ان فائدة هذا العقد ترجع الى المدعى عليه وهذا جواب ظاهر بحمد الله ومنّه .

وقد اتضح ما أشكل على كثير ممن يدعى التبحر والفحولية في معاني الفقه .

وأما الذي قال مشايخهم : ان العقد يبنى على قول مَنْ يدعى الجواز .

قلنا : يبطل ببيع متروك التسمية ، وبيع الخمر من الذمي وبيع المدبر من حنفي المذهب .[1]

---

(١) لأن البيع فاسد عندهم ، انظر : مختصر القدوري : ٢٥٨/١ مع الجوهرة .

وأما مسألة الشهادة لعتق العبد ، فليس جوازه لما قالوه بدليل ان رجلين لو كان لكل واحد منهما عبد فشهد كل واحد منهما على صاحبه بالعتق ثم تبايعا يجوز ، ولايمكن بناء العقد في هذه الصورة على قول واحد منهما ومع ذلك جاز. ولكن انما جاز ، لأنه امكن تصحيحه معاوضة ، فانه اذا رد شهادة هذا الشاهد بقي العبد على الرق كما كان في حق جميع الناس ، فقد باع عبد أمّنه بمال معلوم ثم اذا دخل في ملكه عومل بما كان بزعمه وظهر الآن نفاذه ، وهذا هو المعنى في صحة البيع في تلك المسألة على المذهبين ، فان الذي قالوه من ان بناء المعنى بناء جواز العقد على قول مَنْ يدعى جوازه فقد ابطلناه ، ولأن الأولى ان يبنى العقد على قول مَنْ يوافقه الشرع لا على قول مَنْ خالفه الشرع وان ادعى جوازه . والشرع انما وافق المدعى عليه لا المدعى .

وفي المسألة التي استشهدوا بها اعتبرنا قول مَنْ يوافقه الشرع في ذلك العقد الإ ان الشرع انما وافق منكر العتق لا مدعى العتق حيث جعل القول قوله .

وفي مسألتنا وافق قول المدعى عليه .

وقد أجاب بعض أصحابنا عن هذه المسألة ، وزعم ان بيع المشهود بعتقه من الشاهد ليس ببيع حقيقة لكنه افتداء وتخليص .

وهذا ليس بشئ ، لأنه لو كان كذلك لم يجب العوض بنفس العقد ما لم يتصل به التسليم ، فالجواب هو الأول .

والله تعالى أعلم بالصواب .

﴿ مسألة الحوالة ﴾

المحال عليه اذا مات مفلساً لم يرجع المحتال بالدين على المحيل عندنا.[١]

وعندهم : يرجع ، قالوا : وكذلك اذا أفلس في حال الحياة وجحد وحلف.[٢]

لنا :

ان المحيل برئ عن الدين براءة مطلقة فلا يثبت الرجوع عليه بالدين ابداً .

دليله : اذا أبرأ صريحاً ، والدليل على وجود أصل البراءة ان المطالبة سقطت عنه لا الى غاية ، وهذا علامة سقوط الدين وهذا لأن عقد الحوالة يقتضي النقل والتحويل ، ولا منقول ولا محوّل الإ الدين فاذا تحول الدين من ذمة المحيل الى ذمة المحال عليه فلابد من فراغ ذمة المحيل بدليل الحسيّات فان الشئ اذا انتقل من محل الى محلٍ فلابد من فراغ المحل الأول عنه ، واذا فرغت الذمة الأولى من الدين حصلت براءتها ، لأن البراءة ليس معناها الإ فراغ الذمة ومن هذا حوالة الباذنجان ، لأنه ينقل من موضع الى موضع ، واذا نقل فيفرغ الموضع الأول عنه

---

(١) المهذب : ٤٤٥/١ ، الأم : ٢٠٣/٣ ، مختصر المزني مع الأم : ٢٢٦/٢ ، روضة الطالبين : ٢٣٢/٤ ، النكت ورقه ١٥٧/ب ، الحاوي : ٤٢١/٦ ، معالم السنن للخطابي : ٦٤١/٣ .

قال الخطابي : وهو قول مالك والشافعي ، وأحمد ، وأبو عبيد ، وأبو ثور " أهـ .

انظر المغني : ٦١/٧ ، الاشراف للبغدادي : ١٩/٢ .

(٢) وقال أبو يوسف ومحمد : يرجع في هذه المواضع الثلاثة كلها . مختصر الطحاوي ص ١٠٣ ، مختصر القدوري مع الجوهرة : ٤٠٩/١ ، البدائع : ٣٤٤٢/٧ ، رؤوس المسائل ص ٣١٨ ، بدائع الصنائع : ٣٤٤٢/٦ .

ويشتغل به الموضع الثاني ، كذلك تفرغ الذمة الأولى عن هذا الدين وتشتغل به الذمة الثانية .

وإذا ثبتت البرآءة فنقول :

البرآءة حصلت مطلقة غير مقيدة بشرط ، لأن التقييد لايثبت الإ بدليل ولا دليل على التقييد ، لأنه لم توجد الإ الحوالة المطلقة ، فأما التقييد فلم يوجد ، ولايجوز اثبات تقييد ولا شرط من غير دليل عليه فبقيت البراءة مطلقة عن الشروط والتقييدات فلم يثبت الرجوع بوجهٍ ما ، وهذا الذي ذكرناه في غاية الإعتماد وسيظهر وجه تقريره وتخريج كلامهم عليه في الجواب .

وقد قال بعض أصحابنا : ان الحوالة تتضمن قبض الدين حكماً ثم اقراضه من المحال عليه .

وقال بعضهم : هي / اسقاط حق بايجاب حقٍ ، وليس في واحد ١٣١ / أ من هاتين الدعوتين دليل من لفظ عقد الحوالة فلا يجوز اثبات ذلك الإ بشرع يرد به يجب علينا قبوله ولم يوجد ذلك فبقيت الحوالة مجرد النقل وتحويل الدين من ذمة الى ذمة على ما يقتضيه اللفظ فان قال قائل كيف يتصور نقل الدين وتحويله من ذمة الى ذمة ؟

قلنا : جاز ذلك بعقد الحوالة ، لأنه عقد ورد به الشرع وقضيته هذا ، والعقود الشرعية يوفر عليها قضاياها ولايعرض على سائر العقود بل يكون هو أصلاً بنفسه يعمل به سواء وافق الأصول أو لم يوافقها .

وأما حجتهم :

تعلقوا بما روى عن عثمان رضي الله عنه انه قال في هذه المسألة بعينها يرجع

على المحيل لا تَوىَ [١] على مال امرئ مسلم " [٢]

ولم يرو عن غيره خلافه . [٣]

ولأن ذمة المحيل برئت براءة نقل وتحويل لا براءة إسقاط وابطال فيكون سلامة المنتقل اليه شرطاً في تمام البراءة .

دليله : إذا باع بالدين ثوباً من صاحب الدين فان سلامة الثوب شرط في تمام البراءة حتى إذا هلك الثوب قبل القبض عاد الدين الى ذمته .

وربما يقولون : فإذا لم نسلم المنتقِل اليه عاد الى المنتقل عنه ، وانما قلنا ان الذمة برئت براءة نقل وتحويل ، لأن عقد الحوالة يدل على النقل والتحويل ولايدل على الإسقاط والإبطال وانما يثبت ما يدل عليه .

ثم قالوا : إذا ثبت انه براءة نقل وتحويل فصاحب الدين انما رضى ببراءة ذمة المحيل بشرط سلامة حقه له من المحال عليه فصار كما لو شرط سلامته من قبل المحال عليه ، لأن المقصود في العادات بمنزلة المشروط .

قالوا : ولايجوز أن يقال ان في الأصل معاوضة ، وفي الفرع لامعاوضة ، وذلك لأنهما وان افترقا في المعاوضة وعدم المو ... (٤) لكن استويا في انه دخل في كل واحد من العقدين بقصد السلامة الإ ان هناك بقصد سلامة البدل من ثوبٍ أو عبدٍ ، وههنا بقصد سلامة عين حقه من الذمة الثابتة فنزلت الذمة الثابتة ههنا بمنزلة البدل المسمى هناك وليس في المعاوضة وعدم المعاوضة تأثير انما المؤثر

---

(١) توى : على وزن حصى وقد يمدّ : أيّ : لاهلاك انظر : المصباح المنير ، والقاموس المحيط مادة (توى) .   (٢) رواه البيهقي في سننه : ٧١/٦ ، باب من أحيل على ملئ فليتبع ..   (٣) انظر : بدائع الصنائع : ٣٤٤٢/٦ .

(٤) كذا في المخطوط .

ماذكرنا من اثبات شرط السلامة إمّا بقصدٍ أو دلالةٍ .

وعلى ان القاضي أبا زيد قد قال :

ان الذمة الثابتة عوض عن الذمة الأولى ، وهذا لأن الدين مال مستحق من ذمة فنزلت الذمة منزلة المستحق وهو بمنزلة ثوبٍ أو عبدٍ فانه لما استحقت مالية من هذا المحل صارت عينه مستحقة فإذا بادلها بعين أخرى ثبت فيها حكم المعاوضة كذلك هاهنا .

قالوا : وليس يدخل على ما ادعيناه من ان البراءة براءة نقل وتحويل لا براءة مطلقة وسقوط حق حبس البائع بعقد الحوالة وجواز استرداد المرهون من المرتهن للراهن وعتق المكاتب إذا احال السيد بالدين الذي عليه على غريم له ، لأن في هذه المسائل انما يثبت هذه الأحكام لوجود البراءة في الحال ثم لما كان ثبوتها بشرط سلامة حقه من ذمة المحال عليه يثبت الرجوع في ذمة المحيل عند فقد السلامة .

ألا ترى انه لو صالح من الدين على عبدٍ أو ثوبٍ تثبت هذه الأحكام أيضاً .

وان لم تبرأ ذمته براءة مطلقة بل هي براءة مشروطة بشرط السلامة كذلك هاهنا .

قالوا : ولايجوز أن يقال ان المحتال يصير قابضاً حقه من المحيل حكماً ومقرضاً من المحال عليه ، لأنه في هذا اثبات عقد قرض لادليل عليه ومالادليل عليه لاسبيل اليه ، ولأنه لو كان كذلك وجب إذا قبل الحوالة في رأس مال السلم وبدل الصرف ثم تفرقا قبل أن يقبض محسوساً ان لايبطل العقد لأنه قد وجد القبض على زعمكم .

فان قلتم انه وجد القبض حكماً لاحقيقة .

قلنا : القبض حكماً يحصل به قبض رأس المال في السلم بدليل انه لو أسلم عبداً في ثوب ثم ان المسلم اليه اعتق العبد يصير قابضاً له حكماً فيصح السلم .

ويدل عليه : انه لو قبل الحوالة في دين مؤجل لايبطل الأجل ولو صار قابضاً حكماً وجب أن يبطل الأجل ، ولأن قبض الدين وهو دين محالٌ ولو صار قابضاً صار قابضاً وهو دين بدليل بقاء الأجل كما بينا . ومالايتصور حقيقة لايقدر حكماً .

قالوا : وأما قولكم : انه اسقاط دين باستحقاق دين فليس عليه دليل ، ولأن الإعتبار عن اسقاط الدين لايجوز فكيف يجوز اسقاط الدين عن ذمة المحيل ببدل يستحقه في ذمة المحال عليه ؟، ولأنه إذا قبل الحوالة ببدل الصرف يجوز ، ولو كان اسقاط في مقابلة استحقاق لم يجز ، لأن الإسقاط في بدل الصرف ورأس المال في السلم قبل القبض يبطل العقدين .

قالوا : وأما إذا أفلس في حال الحياة فانما لم يرجع ، لأن عندنا لايتحقق الفلس / في حال الحياة ، فالفوات لم يوجد حتى نقول لو جحد ١٣١/ب أو حلف تحقق الفوات في هذه الصور فحينئذ يرجع .

الجواب :

أما خبر عثمان :

قلنا : رواه خليد[١] بن جعفر .

قال الشافعي : هو مجهول عن معاوية بن قرة عن عثمان .[٢]

---

(١) خليد بن جعفر بن طريف الحنفي ابو سليمان البصري صدوق ، لم يثبت ان ابن معين ضعفه ، من السادسة .

روى له مسلم والترمذي والنسائي . انظر : التقريب ص ٩٣ .

(٢) انظر : فتح الباري : ٤/٤٦٤ ، سنن البيهقي : ٦/٧١ .

ومعاوية بن قرة لاتصح له رواية عن عثمان .[١]

وقد نقل الأصحاب عن علي مثل مذهبنا[٢] في قصة الحزن جد سعيد بن المسيب .[٣]

وأما المعنى :

قولهم : " برئت ذمته برآءة نقل وتحويل " .

قلنا : أيش تعنون بهذا ؟ ان عنيتم برئت بالنقل والتحويل فهو مسلم ، وان قلتم بنقل مشروط بسلامة المنقول اليه فلا نسلم .

وأما قولهم : " انه انما رضى ببراءة ذمة المحيل بشرط سلامة دينه من ذمة المحال عليه " .

لانسلم ، ولا دليل لهم على هذا .

وقولهم : " قصد السلامة " .

قلنا : لاننكر انه قصد السلامة ، ولكن ليس كل ما يقصد يصير مشروعاً بل كم من شئ يقصده المرء ولا يصل اليه .

وحقيقة هذا الحرف :

أن بعقد الحوالة خرج المحيل من الوسط وصار الدين على المحال عليه للمحتال ويصير كأنه الأصل ، فان سلم فالنفع له ، وان لم يسلم فالضرر عليه ، فله نفع هذا الدين وضرره وحلوه ومره وغرمه وغنمه وهذا كالأصل في سائر الديون .

---

(١) قال ابن حجر في تهذيب التهذيب : قال الشافعي : روايته عن عثمان منقطعة . أ.هـ
انظر : تهذيب التهذيب : ٢١٧/١٠ .

(٢) رواه عبد الرزاق في مصنفه : ٢٧١/٨ ، رقم ١٥١٨٣ .

(٣) ذكر القصة ابن قدامة في المغني : ٦١/٧ .

وأما في الأصل الذي قاسوا عليه ، لا نقول صار مشروعاً بقصد السلامة لكنه عقد معاوضة ومبادلة فهو بدل ببدل وملك بملك ، فأما نقل الملك في هذا العوض بذلك العوض فإذا نقله به كيف ينتقل بدونه فصار شرط سلامة العوض مأخوذاً من قضية لفظه .

وأما ههنا فهو نقل وتحويل مطلق لا بشئ حتى تعتبر سلامة ذلك الشئ له حتى يصح النقل والتحويل .

وأما قولهم : " ان ههنا مبادلة ذمة بذمة " .

قلنا : كلاً ، ولماً ، لأن المبادلة انما تجري في الحقوق المستحقة والذمة محل الحق وليس بحق مستحق ، وهذا لأن الذمة محل الالتزام ، والإلزام ومحل الإلتزام كيف يصير لازما بنفسه ولأن المستحق هو المستوفي ، والمستوفى هو المستحق ، والمستوفى هو مال في الذمة لا الذمة ، كذلك المستحق هو حق من الذمة لا نفس الذمة .

وأما مسألة الثوب والعبد ، فذلك عين مال تقبل الإستحقاق .

وفي مسألتنا الذمة ليست بمالٍ حتى يستحق ، انما هي عبارة عن العهد في اللغة وعن محل الخطاب في الشرع وواحد منهما ليس يتصور استحقاقه .

وأما إذا أفلس في حال الحياة ، فهو لازم ، لأن العجز عن الوصول قد وجد وتوهم الوصول اليه لايعتبر بعد أن تحقق في الحال عدم الوصول ، كما لو أبق العبد قبل القبض يثبت له الرجوع في الثمن ، وان كان يتوهم الوصول اليه بالعود ، ولكن لم يعتبر ذلك بعد تحقق العجز في الحال ، كذلك ههنا .

والله أعلم بالصواب .

﴿ كتاب الضمان ﴾

مسألة :

إذا ضمن الدين عن ميت مفلس صح عندنا .[١]

وعند أبي حنيفة ـ رحمه الله ـ : لايصح .[٢]

لنـا :

حديث سلمه بن الأكوع ان رسول الله ﷺ أتى بجنازة فقال : هل عليه دين ؟ قالوا : نعم ، قال : هل ترك شيئاً ؟ قالوا : لا ، قال : صلوا على صاحبكم ، فقال أبو قتادة : هو عليّ يارسول الله فصلى عليه رسول الله ﷺ " .

رواه البخاري في صحيحه على هذا الوجه برواية سلمة .[٣]

وروى جابر أتم من هذا وفيه : ان الدين كان دينارين " .

---

(١) المهذب : ٤٤٧/١ ، الأم : ٢٠٤/٣ ، النكت ورقه ١٥٨/أ ، فتح الباري : ٤٦٤/٤ شرح السنة للبغوي : ٢١٢/٨ .
وهو قول الصاحبين ، انظر : مختصر القدوري مع الجوهرة : ٤٠٧/١ ، بدائع الصنائع ٣٤١٢/٦ .

(٢) مختصر القدوري مع الجوهرة : ٤٠٧/١ ، الهداية مع فتح القدير : ٢٠٤/٦ ، بدائع الصنائع : ٣٤١٢/٦ ، الدر المختار : ٣١٢/٥ مع حاشية ابن عابدين ، رؤوس المسائل ص ٣٢٣ .

(٣) انظر : صحيح البخاري مع الفتح : ٤٦٧/٤ ، باب ان احال دين الميت على رجل جاز.
كما رواه النسائي في سننه : ٥٣/٤ ، باب الصلاة على مَنْ عليه دين .
والامام أحمد في مسنده : ٤٧/٤ ، ٣٠٤/٥ .

واللفظ : " فتحملها أبو قتادة وقال النبي ﷺ هما عليك حق الغريم وبرئ منهما الميت قال : نعم ، فصلى عليه " [١]

والخبر نص في موضع الخلاف،وهم حملوا على العِدَة واللفظ يأباه فبطل التأويل .

وأما المعنى فهو بناء على ان الدين قائم بعد الموت ، لأنه كان عليه قبل الموت والموت ليس لاسقاط الحقوق بل هو سلوك سبيل يصل به الى الآخرة فنجازي على الحقوق ، فإذا كان الموت موصلاً له الى دار المجازاة على الحقوق له وعليه فكيف يكون مسقطاً للحقوق ؟، ولأن الدين من حقوق المعاملات فيعتبر بالإعتقاد الذي هو حق الديانات ثم الإعتقاد الذي هو حق الديانات لايسقط بالموت من الكفر والإيمان ، كذلك ما هو من حق المعاملات ويدل من حيث الاحكام على بقاء الدين بجواز الإبراء وتبرع / الأجنبي به وبقاء ١٣٢/أ الكفالة به إذا كان به كفيل وبقائه في نفسه إذا مات ملياً .

وهذه مسائل مشكلة عليهم جداً ، لأن الدين لو سقط عن الأصيل بالموت لم يستقم الإبراء عنه ولا تبرع الاجنبي به . وهو يبطل عقد الكفالة ، لأن الدين إذا سقط عن الأصيل سقط عن الكفيل كما لو أبرأ وينبغي أن يسقط أيضاً وان مات مليا وخلّف تركة ، لأنّ الدين يتعلق بالذمم لا بالأعيان من الأموال ، فلولا ان الدين باقٍ في ذمة الميت والاّ لم يستحق قضائه من التركة .

فالمسائل في نهاية الإشكال .

---

(١) هذه الرواية رواها الامام أحمد في مسنده : ٣/ ٣٣٠ (عن جابر) .
والدارقطني في سننه : ٧٩/٣ .
والبيهقي في سننه : ٧٥/٦ ، باب الضمان عن الميت .

وما ذكرناه من قبل على طريق المعنى لو اقتصرنا عليه ففيه كفاية ، فثبت ان الدين قائم بعد الموت على ما كان من قبل الموت فصحت الكفالة به في الحالين.

وأما حجتهم :

قالوا : الدين قد سقط ، لأن الذمة قد فاتت بهلاك الرجل ولابد للدين من محل فإذا فات محله فات الدين ، ثم الدليل على فوات الذمة ان الرجل قد هلك والذمة وصف له فإذا هلك الموصوف لابد من فوات الوصف .

يدل عليه : ان الذمة في اللغة : عبارة عن العهد ،

وفي الشرع : عبارة عن محل الإلزام والإلتزام ، ولا عهد للميت ولا إلزام عليه ولا إلتزام له فدل انه لاذمة له .

والحرف المختصر: ان الحياة من ضرورة الذمة،ولابد من آدمي حيّ ليكون له ذمة.

قالوا : وأما الاثم ، فنحن انما ندعى السقوط في أحكام الدنيا لأنه هلاك عن الدنيا ، فأما في أحكام الآخرة فالدين قائم لانه هلك عن الدنيا ليحي في الآخرة ، ولأنه أُفنى عن الدنيا ليبقى في الآخرة ، والاثم من أحكام الآخرة فيجعل بمنزلة الشخص الحي في كثير من الأحكام ، لأنه موضوع في الرحم لحياة الدنيا كذلك الميت موضوع فيَ قبره لحياة الآخرة فبقي في حقه مايعود الى الآخرة.

قالوا : وأما إذا مات مليّاً فانما بقى الدين من ضرورة بقاء الأتركة التي هي محل الإستيفاء ، وفيما إذا كان به كفيل بقى لضرورة وجود الكفيل به .

فأما ههنا فلا ضرورة في بقاء الدين في أحكام الدنيا ، لأن الرجل هلك وفاتت ذمته ولا مال يقضي منه الدين ولاكفيل يطالب منه الدين .

وإذا سقط عند الموت فبعد ذلك إذا كفل به انسان فلم يصادف كفالته ديناً قائماً، ولايجوز أن يعود بعد سقوطه لصحة الكفالة ، لأن الدين الساقط لايعاد،

ولأن الميت لايجب عليه دين ابتداءً فإذا سقط وأعيد فهو يشبه ابتداء ايجاب دين عليه والموت ينافيه فلم يجز .

والجملة انا إذا ابقينا ديناً على الميت لعلة وتركنا الحقيقة بها يعتبر وجود العلة عند الموت فإذا لم يوجد رجعنا الى الحقيقة واسقطنا الإ في الاثم الذي هو من أحكام الآخرة لا من أحكام الدنيا .

وكذلك إذا تبرع متبرع أو أبرأه مَنْ له الدين انما جوّزنا لسقوط الاثم الذي عليه وليس لهما حكم سوى هذا ، وأما الكفالة فيظهر أحكامها في الدنيا بدليل الحبس والمطالبة وقد سقط الدين في أحكام الدنيا بدليل ما قلنا فبطل هذا الحكم عنه .

وقد قال بعضهم : ان الكفالة إلتزام مطالبة ولا مطالبة بهذا الدين بحالٍ فلم تصح الكفالة ، وانما قلنا انها إلتزام مطالبة ، لأن الدين الثابت في محل لايتصور نقله الى محل آخر .

يبينه : انه لو انتقل الى ذمة الكفيل لبرئت ذمة الأصيل كما في الحوالة .

والحرف : ان الحق الواحد لايشغل محلين كما في الحسيّات لايتصور جوهر واحد في محلين ، فثبت ان الكفالة ليست الإّ التزام مطالبة فإذا سقطت المطالبة أبداً لابد من فساد الكفالة ، وليس كالمعسر لأن المطالبة سقطت هناك في حالة النسأ، وليس كالعبد إذا أقر بدين ، لأن المطالبة سقطت الى حالة العتق أو الى موافقة السيد في ثبوته .

وفي مسألتنا سقطت أبداً ، ولايقال يجوز أن يظهر له مال ، لأنه حينئذ لايكون مفلساً ، والكلام فيمن مات مفلساً .

وربما يعبرون عن هذا فيقولون الدين لايعرف إلاّ بايجاب تسليم عين والإ فهو عدم حقيقة ، فإذا لم يجب تسليم عين بقى على العدم وخرّجوا إذا مات ملياً

لأن المطالبة قائمة ، وخرّجوا إذا كان به كفيل ، لأن المطالبة متوجهة أيضاً .

الجواب :

قد ذكرنا الدليل على بقاء الدين .

وأما قولهم : " ان الذمة فاتت بالموت " .

قلنا : الذمة باقية حكماً ، بدليل ما ذكرنا ، وإذا جاز أن تبقى له ، وعليه معتقدة من الدين جاز أن تبقى له وعليه ملتزمة من المال ، ولأن بالإجماع الوجوب قائم بدليل الإثم .

وقولهم : " في أحكام الآخرة " .

قلنا: حكم / الآخرة تبع لحكم الدنيا فإذا سقط في أحكام الدنيا ١٣٢/أ سقط في أحكام الآخرة ثم تحقق فنقول :

السقوط انما يكون بابراء صاحب الحق أو بوصول صاحب الحق اليه أو بإياس عن الوصول فيصير في حكم الساقط في الدنيا ولا يأس عن الوصول في مسألتنا بتبرع الأجنبي أو بكفالته فلا يسقط ، وهذا لأن الدين يجب حفظه لحرمة صاحبه فإذا وجدنا جهة يمكن ابقاؤه باعتبارها لم نحكم بسقوطه حفظاً لحق صاحب الدين بدليل ما لو مات ملياً أو كان به كفيل ، وقد وجدنا جهة يمكن ابقاء الدين باعتبارها وهو وجود كفالة أو تبرع .

فان قالوا : بالتبرع يستغنى عن الكفالة .

قلنا : لايستغنى ، لأن المتبرع ربما يرجع عنه قبل التسليم وبالكفالة يلزم حتى لايمكنه الرجوع .

وقولهم : " هلك عن الدنيا " .

قلنا : بلى ، ولكن امكن ابقاءالدين بالوجه الذي قلنا فلايسقط وعلى انه

ان هلك عن الدنيا فلم يجئ الآخرة بعد ، فإذا جاز بقاء الدين بعد موته لآخرة لم يأت بعد حتى إذا أتت يجازي به ، جاز بقاءه في دنيا قد ذهبت عنه وذهب هو عنها حتى يصح تبرع وكفالة من الأجنبي فيصل صاحب الحق الى حقه ويتخلص الميت عن اثمه ، فانه لافرق بين دار ذهب عنها وبين دار لم يصل اليهابعد فإن في الحال لم يوجد واحد منهما ، والدين يتوجه باعتبار احدهما لتطهير اثمه فلم يكن متوجهاً في الدار الأخرى لتطهير اثمه .

والذي اعتذروا عن المسألتين بالضرورة .

قلنا : هاهنا أيضاً ضرورة وهو جواز الكفالة ، وعلى انا يلزم إذا كفل ابتداءً بعد ان مات مليّاً أو بالدين كفيل ، وان كان وجد ضرورة في بقاء الدين ليطالب به ، لم يوجد ضرورة في جواز الكفالة ابتداءً ومع ذلك جازت .

وأما الطريقة الثانية :

قلنا : لايجوز أن يقال ان الكفالة مجرد إلتزام مطالبة بل هي إلتزام دين والمطالبة مبنية عليه ولايتصور وجوب مطالبة بدون وجوب الدين ، وانما لم يبرأ الأصيل بخلاف الحوالة لأن الكفالة ضم ذمة الى ذمة فلا يقتضي براءة الأصيل ، وأما الحوالة نقل وتحويل فيقتضي براءة المحيل على ما سبق في المسألة الأولى .

فان قيل : فصل المطالبة عن الوجوب ممكن بدليل ان الصبي والمجنون إذا اتلفا مال انسان وجب الغرم على الصبي والمجنون والمطالبة متوجهة الى الولي .

وكذلك الوكيل يطالب بتسليم الثمن وهو على المشتري .

قلنا : في المسألتين المطالبة متوجهة على مَنْ عليه الحق لكن الولي عن الصبي والمجنون نائب عنهما ، وكذلك الوكيل نائب ولايمكن مثل هذا القول في مسألتنا ، لأن الكفيل ليس بنائب لأن الإستنابة من الأصيل لم توجد والولاية الشرعية لم توجد .

والدليل عليه : ان الكفالة تصح من غير أمر مَنْ عليه الدين .

فـان قـيل : إذا أبرأ الأصـيل يسـقـط الدين عـن الكفـيل ، ولو وجب الدين على الكفيل لم يسقط كالرجل يكون له غريمان يبرأ احدهما .

قلنا : انما سقط ، لأنه كفيل ولايتصور كفيل بلا أصيل ، ولأن الكفيل تبع فـإذا سقط الدين عن الأصيل سقط عن التبع ، وعلى ان هذه الطريقة تبطل بما إذا كفل عن المعسر يجوز ولا مطالبة ، وكذلك العبد .

وقولهم : " انه يتوهم مطالبة " .

قلنا : إلتزام المطالبة لايتصور الإ إذا كانت المطالبة في الحال ثابتة كما لاتتصور الإّ في دين ثابت .

فان قالوا : عندنا يجوز في دين يجب " .

قلنا : على طريق التعليق والكفالة في المسألتين غير معلقة بل منجزة .

وأما الذي قالوا : ان الواجب في الدين فعل تسليم العين .

قلنا : لا ، بل حقيقة الدين واجبة وفعل التسليم مبتنى وجوبه على وجوب حقيقة الدين .

والله تعالى أعلم بالصواب .

« مسألة »

الكفالة بالأعيان المضمونة [١] غير جائزة عندنا . [٢]

وعندهم : جائزة . [٣]

وكذلك الخلاف في الكفالة بالنفس ، وللشافعي قول آخر في جواز الكفالة بالنفس . [٤]

---

(١) مثل : المغصوب ، والمقبوض بالبيع الفاسد ، والمقبوض على سوم الشراء.
انظر : فتح القدير : ١٦٤/٦ ، فهذه يجب تسليمها وإذا هلكت يجب تسليم قيمتها إذا ثبت بالبينة أو الاقرار .

(٢) الأم : ٢٠٣/٣ ، مختصر المزني مع الأم : ٢٢٩/٢ ، المهذب : ٤٥١/١ ، النكت ورقة ١٥٨/ب ، روضة الطالبين : ٢٥٥/٤ .

(٣) مختصر القدوري : ٤٠٠/١ مع الجوهرة ، الهداية : ١٦٤/٦مع فتح القدير ، رؤوس المسائل ص ٣٢٢ .

(٤) المهذب : ٤٥١/١ ، وهو الأظهر عندهم ، شرح السنة للبغوي : ٢١٤/٨ .
قال النووي في المنهاج : " والمذهب صحة كفالة البدن .... " ٢٠٣/١ مع مغني المحتاج ، روضة الطالبين : ٢٥٣/٤ .
والقول المقابل للأظهر هو عدم الجواز لقول الشافعي : " الكفالة بالبدن ضعيفة " .
وانظر الأم : ٢٠٣/٣ ، وقال أصحابه : " المراد بذلك انها ضعيفة بالقياس " أهـ
قال ابن قدامة في المغني : " الكفالة بالنفس صحيحة في قول أكثر أهل العلم هذا مذهب شريح ومالك والثوري والليث وابي حنيفة .... " أهـ .
المغني : ٩٧/٧ ، المبسوط : ١٦٢/٩ .

لـنـا :

ان عقد الكفالة أخطأ محله وحقيقته فيكون باطلاً .

دليله : سائر العقود إذا كان بهذا الوصف .

ودليل الوصف : ان عقد الكفالة عقد مشروع لإلتزام الحق في الذمة ووجوب التسليم بناء عليه على ما سبق في المسألة الأولى ، وإلتزام الأعيان على ما في الذمة لايجوز بل لايتصور أصلاً ، ولأن عقد الكفالة ليجب على الكفيل من الضمان ما يوجب على الأصيل والعين مضمونة على الأصيل ولاتصير مضمونة على الكفيل بدليل انها لو هلكت لاشئ عليه .

يبينه : انه كيف يجب عليه ضمانها ؟ والعين تضمن بقبض العين على جهة مخصوصة من تعدٍ أو سومٍ أو عاريةٍ أو بايراد / عقد المغاوضة ١٣٤ /أ عليه ولم يوجد من الكفيل شئ من ذلك فلم يتصور وجوب ضمان العين عليه .

وأما التسليم بناء على ضمان الأصل فإذا لم يدخل الأصل في ضمانه لم يجب عليه التسليم .

ونقول في الكفالة بالنفس : كفل بمالايقدر على تسليمه فلايجوز .

ودليل انه لايقدر على تسليمه ، لأن تسليم الانسان الى غيره انما يكون بقوة أو ولاية وليس له قوة التسليم ، لأنه رجل ، ورجل لاينقاد له ويقاومه ، ولايقال انه يستعين بالقاضي ، لأن القاضي لايجب عليه أن يعاونه بل يقول له : أنت ادخلت نفسك في هذا الأمر فعليك وَبَالَهَ وأنت ابصر به " .

ولايجوز أن يكون التسليم بالولاية ، لأنه لا ولاية له عليه .

يبينه : ان نهاية ما في الباب ان يأذن له بالكفالة بنفسه وباذنه إياه في الكفالة بنفسه لاتثبت له ولاية عليه .

وأما حجتهم :

قالوا : كفل بمضمون يمكن تسليمه فيجوز ، كما لو كفل بالدين .

أما قولنا : " مضمون " فلا اشكال في الأعيان المضمونة .

وأما في الكفالة بالنفس فنعني بالضمان : " وجوب الحقوق على المدعى عليه " وقد وجب الحضور على المدعى عليه بنفس الدعوى ، ولهذا المعنى يحضره القاضي ويستعدى عليه ويقطعه عن اشغاله وهو لحق المدعى ، لأن منفعته راجعة اليه .

وأما إمكان التسليم ففي الأعيان المضمونة هو أن يأخذ العين وتسلمها الى المكفول له وهذا ممكن .

وفي النفس امكان التسليم بأن يُخْلىَ بينه وبين المدعى في موضع يمكنه إحضاره من ذلك الموضع الى مجلس الحكم ، وهذا لأن التسليم في النفس ينصرف الى المعتاد وهو بهذا يُعدّ مُسَلماً ، ألا ترى انه إذا خلّى بينه وبينه في مثل هذا الموضع يقال له سُلّم اليه .

وحقيقة المسألة راجعة الى ان الكفالة ليست الاّ إلتزام التسليم في الدين ، فكذلك في العين ، وفي كل موضع وجب ضمان التسليم صحت الكفالة بالتسليم ، وتسليمه الأعيان المضمونة في ضمان المكفول عنه وتسليم المدعى عليه نفسه في ضمانه ، كما ان في الدين تسليم الدين في ضمان مَنْ عليه الاّ ان تسليم العين بتسليم نفسها ، وتسليم الدين بتسليم مثله .

ألا ترى الى الأصيل فان تسليمه العين بتسليم ذاتها وتسليمه الدين بتسليم مثله ، كذلك في حق الكفيل .

قالوا : وقد دللنا في المسألة الأولى ان الكفالة ليست إلاّ إلتزام الحق ، لأن

والدين في محل آخر لايشغل محلاً آخر .

أما وجوب تسليم شئ واحد يتصور على أشخاص كثيرة .

قالوا : ولايجوز أن يقال انا نجعل الدين بمنزلة دينيين أو نجعل الذمتين كذمة واحدة ، لأن هذا قلب الحقيقة فلا يصار اليه الا بدليل قاطع .

واحتجوا في الكفالة بالنفس بفعل ابن مسعود [١] ، وبقول جماعة من اصحابة[٢] ، وباتفاق المسلمين على فعلها في سائر الأعصار والأزمنة .[٣]

الجواب :

ان جميع ما قالوه بناء على ان عقد الكفالة لايلاقي إلاّ المطالبة ولانسلم ، بل يلاقى نفس الحق بالوجوب والمطالبة يأتي الوجوب وقد سبق بيانه فلا نعيد .

وأما الذي ذكروه من الإستبعاد .

قلنا : نحن نجعل الدين كالدينين حكماً ، وقد رأينا القتل الواحد في الشرع كقتلين ، والولاية الواحدة كولايتين فلانستبعد ههنا هذا المثال .

والدليل على وجوب أصل الدين على الكفيل جواز التصرف معه فيه بالهبة والشراء والإستبدال ، ولأنه أضاف الكفالة اليه لا الى المطالبة والمعقود عليه هو المضاف اليه ولو صرح بإلتزام المطالبة لم يصح .

---

(١) رواه البيهقي في سننه : ٦/ ٧٧ .

وذكرها البخاري في الترجمة بدون اسناد ، انظر : صحيح البخاري : ٤/ ٤٦٩ مع الفتح .

(٢) منهم جرير بن عبد الله البجلي ، انظر : صحيح البخاري : ٤/ ٤٦٩ مع الفتح .

(٣) نقل الاجماع عى ذلك ابن قدامة في المغني : ٧ / ٩٧ فقال : " وان كانت ثابتة بالاجماع والاثر " أهـ

يبينه : ان الأصل هو الكفالة بالمال ، وهذا لايماثلها لأن الكفيل بالمال يضمن من عند نفسه ، وهذا لايكون في الكفالة بالنفس .

والإمكان غير مسلم أيضاً على ما سبق .

وأما أخبار الصحابة .

فليس إلاّ عن ابن مسعود وانما هو قوم ارتدوا واستتابهم وكفلهم عشائرهم "[١]

وفي هذا الموضع لاتجوز الكفالة بالإجماع [٢]، والله أعلم بالصواب .

---

(١) سبق تخريجه عند البيهقي في سننه : ٦/ ٧٧ .

(٢) اي في الحدود .

مسألة : من كتاب الشركة :

عندنا : عقد الشركة محله المال والعمل تبع والمطلوب هو الربح . [١]

وعندهم : محل العقد هو العمل والمطلوب هو الربح ، والمال محل العمل . [٢]

فعلى ما قلنا لاينعقد العقد إلاّ بمال ولا شركة إلاّ بالإختلاط في المال ، والربح بينهما على / قدر المال . [٣]

١٣٤ /ب

وعندهم : تنعقد الشركة على العمل دون المال [٤] ولايشترط الإختلاط في المال ويجوز شرط التفاضل في الربح . [٥]

لنا :

ان العقد لاينعقد الا على محل موجود معلوم ، والمال هو الموجود وهو المعلوم ، وأما العمل غير موجود ولا معلوم فلا يكون محلاً للعقد .

يدل عليه من حيث الحكم : ان احضار المال واجب وانما وجب إحضاره ، لأنه محل العقد ، وإلاّ ما كان ينبغي أن يعتبر احضار المال .

وإذا ثبت أن محل العقد هو المال فلم ينعقد بدون المال فعلى هذا بطلت الشركة على الأعمال وعلى الوجوه ، ولم ينعقد أيضاً إلاّ بخلط المالين ، لأن الشركة على

---

(١) المهذب : ١/٤٥٤ ، المنهاج : ٢/٢١٣ ، الأم ، روضة الطالبين : ٤/٧٣ ـ ٧٥ ، شرح السنة للبغوي : ٨/٢١٧ .

(٢) الاسرار : ٢/١٥٠ /ب (مراد ملا) مختصر الطحاوي ص ١٠٧ ، مختصر القدوري المبسوط : ١١/١٥٢ ، رؤوس المسائل ص ٣٢٥ .

(٣) روضة الطالبين : ٤/٧٣ ـ ٧٥ ، المنهاج : ٢/٢١٣ ، شرح السنة للبغوي : ٨/٢١٧ .

(٤) المبسوط : ١١/١٥٢ ، رؤوس المسائل ص ٣٢٩ .

المال لاتكون إلاّ لوجود الشركة في المال ولا شركة في المال إلاّ بخلط المالين ، فأما إذا كان احدهما متميزاً عن صاحبه فلا شركة ، ولم يجز شرط التفاضل في الربح، لأن الربح فرع المال فيكون بقدر المال اذ الفروع على مقادير الأصول ، والفوائد بقدر رؤوس الأموال .

وأما حجتهم :

قالوا : العقد منعقد على العمل ، لأن عقد الشركة ما يوجب الشركة كعقد البيع ما يوجب الملك ، وعقد النكاح ما يوجب الإزدواج .

فإذا جعلنا محل العقد هو المال فالشركة في المال لاتكون موجب العقد .

ألا ترى انها تحصل بغير عقد وذلك خلط المالين من غير عقد وموجب العقد لايتصور أن يسبق العقد فصار موجب العقد هو الشركة في العمل ، لأنه لايحصل إلاّ بالعقد .

والدليل على أن العقد على العمل جائز عقد الإجارة وعقد القراض ، وهو معتمدهم فانه ينعقد على العمل وبهذه المسألة يبطل قولكم " ان العمل مجهول فلا يكون محل العقد " فان في عقد القراض قد وجدت جهالة العمل ومع ذلك انعقد العقد ، وهذا لأن العمل وان كان مجهولاً ولكن الربح معلوم فعفى عن جهالة العمل لوجود العمل بالربح ، وانما كان كذلك لأنه المطلوب بالعمل فاعتبر إعلامه وأعرض عن جهالة العمل ، وإذا ثبت ان المعقود عليه العمل بنينا عليه المسائل فنقول :

يجوز عقد الشركة على الأعمال ، وعلى الوجوه لوجود العمل وان فقد المال ، ويجوز من غير خلط المالين ، لأن الشركة لما كانت في العمل لا في المال لم يعتبر خلط المال بالمال ، ولأن العمل لما كان لهما جميعاً فقد وجد الإختلاط في

العملين حكماً وان لم يوجد حسّاً ، ويجوز أيضاً شرط التفاضل في الربح لأن العقد لما وردت على العمل كان الربح في مقابلة العمل ، فيكون الزيادة المشروطة بازاء عمله في ماله ، ويجوز مثل هذا ، كما في القراض .

يدل عليه : ان كل واحد منهما يعمل في نصيب نفسه ونصيب صاحبه فيكون نصف عمله له ، ونصف عمله لصاحبه ، وإذا صار نصف عمله لصاحبه يصح شرط الربح في مقابلته كما في القراض . وهذا لأن عقد الشركة لما اشتمل على معنى القراض صح أن يشترط فيه ما يشترط في القراض .

قالوا : ولايجوز أن يقال ان المشروط في القراض عمالة وجعالة ، لأن عندنا الجعالات كلها باطلة ، وهذا لأنها تعليق الملك بالخطر وتعليق الاملاك بالأخطار لايجوز .

قالوا : ولا نقول : ان العامل في الصدقات يستحق ما يستحقه بطريق الجعالة بدليل انه لو كان هاشمياً لايستحق .

وشرط الجعالة للهاشمي جائز مثل ما يجوز لغير الهاشمي وانما يستحقه على انه سهم من الصدقات مشروط استحقاقه بالعمل مثل سائر السهام اشترط لاستحقاقها إما بيُتمٍ أو مسكنة أو فقر أو غير ذلك ، فأما أن يستحق على طريق الجعالة فلا نقول ذلك أصلاً .

قالوا : ومما يبين ما ذكرناه ان عقد القراض جاز لحاجة الناس اليه .

وبيانها : ان الإنسان قد يكون لهُ مال وليس له هداية في العمل فيحتاج الى أن يلتمس من غيره ليعمل له ولا يعمل ذلك الغير إلا بمالٍ فيشترط له فيه قدراً من الربح ليرغب في العمل ، ويكون ذلك أنفع من إستئجاره زماناً معلوماً للعمل بأجرة من ماله ، لأنه يعمل لطلب الربح لأجل ما سمى له منه بتسمية الإجرة فجوّز عقد القراض رفقاً للعباد ، وكذلك عقد الشركة وجب أن يجوز على

شـرط التـفـاضل في الربح لهـذا النوع من الحاجـة ، وذلك لأنه قـد يكون لأحـد الشـريكين من الهـداية في العمل والتـصرف مـالايكون للشـريك الآخر فـلا يرضى من الربح بما يرضى بـه صاحبه فـيحتـاج الى أن يسـمى له زيادة ليـرغب في العـمل فليجز رفقاً بالعباد وتيسيراً عليهم .

وهذا مـعنى قـولنا الذي قدمناه ان الشـركة اشـتملت على معنى القراض فليـجز فيه ما يجوز / في القراض . ١٣٥/أ

وليس كـما لو سمى لـه زيادة معلومـة من مـائة أو مـائتي درهم لأن تجويزها يؤدي الى قـطع الشـركـة في الأصل ، لأنه ربما لايوجـد ربح إلاّ بذلك القـدر فـتنقطع الشركة أصلاً .

وأما في مسـألتنا لايؤدي شرط الزيادة الى هذا فـجاز كما سبق ، وليس كـما لو شـرط الوضـيعـة على التـفـاضل ، لأن فـي ذلك شـرط الضـمـان على أمين وهو باطل، ألا ترى انه لايجوز شرط الوضيعة على العامل في القراض .

وأما في مسألتنا فهذا شرط الربح لعاملٍ فيجوز كما يجوز في القراض أيضاً .

قالوا : وقد روي عن علي بن أبي طالب رضي الله عنه انه قال الوضيعة على رأس المال والربح على ماشرط .[1]

الجواب :

انا قد بينا ان العقد غير وارد على العمل ، لأنه مجهول .

وأما قولهم : " ان عقد الشركة ما يوجب الشركة " .

---

(١) قال الزيلعي في نصب الراية : " غريب جداً ويوجد في بعض كتب الأصحاب عن علي " أهـ : ٣/٤٧٥ .

وقال ابن حجر في الدراية : " لم أجده " أهـ ٢/١٤٤ .

قلنا : عندنا قد أوجب الشركة في الربح ، فأما المال فلابد فيه من الشركة ، لأن العقد عقد شركة في المال ولاشركة في المال إلاّ بخلط المال بالمال ، ثم إذا صح العقد جاز لكل منهما أن يعمل في نصيب نفسه ونصيب صاحبه باذنه ، لأنه لايظهر الربح إلا بالعمل والربح مطلوب مقصود فصار عقد الشركة في الحقيقة عقداً على المال لمقصود الربح وظهوره بالعمل والمظهر للمقصود ينزل منزلة الشروط فلا يكون معقوداً عليه .

وأما كلامهم على جهالة العمل بقولهم : " ان المطلوب هو الربح وهو معلوم " .

قلنا : المعتبر هو العلم بالمعقود عليه ، وما ليس بمعقود عليه فالعلم به لا يقوم مقام العلم بالمعقود عليه .

وأما الأجارة فالعلم بالمعقود عليه قد حصل بضرب المدة .

وأعلم أنه لاتعلق لهم في هذه المسألة إلاّ بعقد القراض ، ولانسلم ان عقد القراض عقد شركة على عمل ، ولا نقول : ان الربح ثبت على الشركة مثل ما ثبت ههنا ، والعمل لايستحق الربح ، لأنه شريكه في الربح ، بل إنما يستحق على جهة الجهالة .

ولهذا قلنا : ان بمجرد ظهور الربح لايملك العامل شيئاً من الربح وانما يستحق بعد أن يتم العمل ويقتسما ويعطيه المسمى من الربح جعالة فيملك بالقبض مثل الجعل في سائر الجعالات .

وأما قولهم : " ان هذا تعلق الملك بالخطر " .

قلنا : انما جاز ذلك لحاجة الناس اليه ، وهذا كما نقول في السبق والرمي ، فانه يجوز شرط المال لاحدهما وان كان فيه تعليق الملك بالخطر ، وانما جاز لحاجة الناس اليه ، كذلك ههنا .

وأما في مسألتنا فلا يتصور جعالة ، بل هو في حقيقة عقد شركة على المال

لمقصود الربح على ما سبق .

وأما فصل زيادة دراهم معلومة على المسمى ففصل لازم .

وقولهم : " انه يؤدي جوازه الى قطع آصل الشركة " .

قلنا : إذا سمى زيادة معلومة على النصف من الربح لايجوز أيضاً .

وفي هذه الصورة لايؤدي الى قطع الشركة ومع ذلك لم يجز فبطل ما قالوه .

والله تعالى أعلم بالصواب .

الفهارس العامة للكتاب

فهرس الآيات القرآنية

ثانياً : الأحاديث والآثار

ثانياً : الأحاديث والآثار

ثانياً : الأحاديث والآثار

ثانياً : الأحاديث والآثار

ثانياً : الأحاديث والآثار

فهرس الأعلام

فهرس الأعلام

فهرس الأعلام

فهرس الأعلام

فهرس الأعلام

فهرس المسائل الواردة في الكتاب

فهرس المسائل الواردة في الكتاب

فهرس المسائل الواردة في الكتاب

ثبت المراجع

١) القرآن الكريم

٢) أحكام القرآن للجصاص :

لأبي بكر أحمد بن علي الرازي الجصاص / مطبعة دار الفكر / بيروت / لبنان .

٣) أحكام القرآن :

لابن العربي / أبو بكر محمد بن عبد الله المعروف بابن العربي المالكي

تحقيق : علي محمد البيجاوي .

٤) أخبار القضاة :

لوكيع ، محمد بن خلف بن حبان / الناشر : عالم الكتب / بيروت .

٥) الأسرار :

لابي زيد عبد الله بن عمر الدبوسي / مخطوط (مراد ملا) ، مطبوع (كتاب النكاح) بتحقيقنا .

٦) الاستذكار :

٧) الاستيعاب (مع الإصابة) :

لأبي عمر بن عبد البر . انظر الإصابة .

٨) الإشراف :

لعبد الوهاب بن علي بن نصر البغدادي المالكي / مطبعة الارادة / تونس .

٩) الإصابة في تمييز الصحابة :

لعلي بن أحمد بن حجر العسقلاني / دار الكتاب العربي .

١٠) الإفصاح عن معاني الصحاح :

لأبي المظفر يحيى بن محمد بن هبيرة الحنبلي / الناشر : المؤسسة السعودية / الرياض .

١١) **الأم :**

لأبي عبد الله محمد بن أدريس الشافعي / دار الشعب / مصر .

١٢) **إيثار الانصاف في آثار الخلاف :**

لسبط ابن الجوزي / تحقيق : ناصر العلي الناصر الخليفي/ دار السلام القاهرة .

١٣) **البحر الرائق شرح كنز الدقائق :**

لزين الدين بن نجيم الحنفي / الناشر : دار المعرفة / بيروت / ط ٢ .

١٤) **بدائع الصنائع في ترتيب الشرائع :**

لعلاء الدين أبو بكر بن مسعود الكاساني الحنفي / الناشر : زكريا علي يوسف / مطبعة الإمام / القاهرة .

١٥) **بداية المجتهد ونهاية المقتصد :**

لأبي الوليد محمد بن أحمد بن محمد بن أحمد بن رشد القرطبي المالكي .

١٦) **البداية والنهاية :**

لأبي الفداء ابن كثير الدمشقي / تحقيق : د / أحمد ابو ملحم ، د / علي نجيب . دار الكتب العلمية / ط ١ / ١٤٠٥هـ .

١٧) **بغية الوعاة في طبقات النحويين واللغويين :**

لجلا ل الدين عبد الرحمن السيوطي ، تحقيق : محمد ابو الفضل ابراهيم الطبعة الثانية ، ١٣٩٩هـ . دار الفكر .

١٨) **تحفة الأحوذي شرح سنن الترمذي :**

لأبي العلي محمد بن عبد الرحمن المباركفوري / عني بنشره الحاج حسن ايراني .

١٩) **تفسير الفخر الرازي (مفاتيح الغيب) :**

لمحمد الرازي فخر الدين بن ضياء عمر الشهير بخطيب الري ، مصورة عن الطبعة الأولى سنة ١٤٠١هـ .

٢٠) تفسير القرطبي (الجامع لأحكام القرآن) :

لأبي عبد الله محمد بن أحمد القرطبي / الطبعة الثالثة / مصورة عن طبعة دار الكتب المصرية / دار الكتاب العربي سنة ١٣٨٧هـ .

٢١) تقريب التهذيب :

لأحمد بن علي بن حجر العسقلاني / ط ١ ، سنة ١٣٩٣هـ / دار نشر الكتب الإسلامية / كوجرانواله / باكستان .

٢٢) تقويم الأدلة :

لأبي زيد عبد الله بن عمر الدبوسي / مخطوط برقم ٢٥٥ ، نسخة القدس .

٢٣) تنوير الأبصار :

لشمس الدين محمد بن عبد الله بن أحمد الغزي الحنفي ، انظر رد المحتار .

٢٤) تكملة المجموع للسبكي :

لتقي الدين علي بن عبد الكافي السبكي . انظر المجموع .

٢٥) تكملة فتح القدير ، انظر (فتح القدير) :

لشمس الدين أحمد بن قود ، المعروف بقاضي زاده افندي .

٢٦) التلخيص الحبير في تخريج أحاديث الرافعي الكبير :

لأحمد بن علي بن حجر العسقلاني ، تحقيق : السيد عبد الله هاشم اليماني المدني سنة ١٣٨٤هـ / شركة الطباعة الفنية / القاهرة .

٢٧) تهذيب الأحكام (مخطوط) .

٢٨) تهذيب التهذيب :

لأحمد بن علي بن حجر العسقلاني / ط ١ ، سنة ١٣٩٣هـ .

٢٩) جامع بيان العلم وفضله :

لأبي عمر يوسف بن عبد البر النمري القرطبي / نسخة مصورة عن المطبعة المنيرية / دار الكتب العلمية / بيروت .

٣٠) الجامع الصحيح (مع الفتح) :

لأبي عبد الله محمد بن اسماعيل البخاري / تحقيق : محمد فؤاد عبدالباقي ومحب الدين الخطيب / المطبعة السلفية / القاهرة / سنة ١٣٨٠هـ .

٣١) الحجة على أهل المدينة :

لمحمد بن الحسن الشيباني / تحقيق : مهدي حسن كيلاني / ط١ ، مطبعة المعارف الشرقية / الهند / سنة ١٣٩٠هـ .

٣٢) حلية الأولياء وطبقات الأصفياء :

لأبي نعيم أحمد بن عبد الله الاصفهاني / دار الكتاب العربي / بيروت / ط ٣ / سنة ١٤٠٠هـ .

٣٣) الحاوي الكبير شرح مختصر المزني :

لأبي الحسن علي بن محمد بن حبيب الماوردي الشافعي / تعليق : علي محمد معوض ، عادل أحمد عبد الودود / مكتبة دار الباز / مكة المكرمة / ط ١ / سنة ١٤١٤هـ .

٣٤) الدراية في تخريج أحاديث الهداية :

لأحمد بن علي بن حجر العسقلاني / تعليق : عبد الله هاشم يماني / مطبعة الفجالة / القاهرة / سنة ١٣٨٢هـ .

٣٥) الدار المختار على تنوير الأبصار (مع رد المحتار) :

الطبعة الثانية / مطبعة مصطفى البابي / القاهرة / سنة ١٣٨٦هـ .

٣٦) ديوان الحطيئة .

٣٧) ديوان زهير بن أبي سلمى

٣٨) روضة الطالبين :

لأبي زكريا يحيى بن شرف النووي الشافعي / ط الأولى / المكتب الإسلامي / بيروت / سنة ١٣٩٥هـ .

٣٩) رؤوس المسائل :

لأبي القاسم محمود بن عمر الزمخشري / تحقيق : عبد الله نذير أحمد الطبعة الأولى ، دار البشائر الإسلامية / بيروت ، سنة ١٤٠٧هـ .

٤٠) سنن أبي داود (مع المعالم) :

لأبي داود سليمان بن الأشعث بن اسحاق الأزدي / تحقيق : عزت عبيد الدعاس / ط / دار الحديث ، بيروت / سنة ١٣٨٨هـ .

٤١) سنن ابن ماجة :

لأبي عبد الله محمد بن يزيد القزويني / تحقيق : محمد فؤاد عبد الباقي / مطبعة عيسى البابي الحلبي / مصر .

٤٢) سنن الترمذي :

لأبي عيسى محمد بن عيسى بن سورة الترمذي / انظر : تحفة الأحوذي وعارضة الأحوذي .

٤٣) سنن الدارقطني :

للدارمي علي بن عمر الدارقطني ، تحقيق : عبد الله هاشم يماني / شركة الطباعة الفنية / القاهرة / سنة ١٣٨٦هـ .

٤٤) سنن الدارمي :

لأبي عبد الله محمد بن عبد الله بن بهرام الدارمي / طبع بعناية / محمد أحمد دهمان / دار إحياء السنة النبوية .

٤٥) **سنن البيهقي (السنن الكبرى) :**

لأبي بكر محمد بن الحسين بن علي البيهقي / مصورة عن الطبعة الأولى / دار الباز للنشر / مكة .

٤٦) **سنن النسائي (المجتبي) :**

لأبي عبد الرحمن أحمد بن شعيب النسائي / مكتبة البابي الحلبي / ط الأولى / القاهرة / سنة ١٣٨٣هـ .

٤٧) **شرح السنة :**

لأبي الحسين بن مسعود الفراء البغوي / تحقيق : شعيب الأرناؤوط / ط الثانية / المكتب الإسلامي / سنة ١٤٠٣هـ .

٤٨) **شرح معاني الآثار :**

لأبي جعفر أحمد بن محمد بن سلامة الأزدي / تعليق : محمد سعيد عبد الخالق / مطبعة الأنوار المحمدية / القاهرة .

٤٩) **شرح النووي على مسلم :**

لأبي زكريا محي الدين بن شرف النووي / المطبعة العصرية / القاهرة .

٥٠) **صحيح الإمام مسلم بن الحجاج :**

للإمام مسلم بن الحجاج القشيري النيسابوري .

انظر : شرح صحيح مسلم للنووي .

٥١) **طبقات الشافعية (الكبرى) :**

لتاج الدين أبو نصر عبد الوهاب بن علي السبكي / تحقيق : د.عبدالفتاح الحلو ، د / محمود الطناحي / مطبعة عيسى البابي الحلبي / ط الأولى سنة ١٣٨٥هـ / القاهرة .

٥٢) طبقات النحويين واللغويين :

لأبي بكر محمد بن الحسن الزبيدي / تحقيق : محمد أبو الفضل ابراهيم / ط الثانية سنة ١٩٨٤م / دار المعارف / مصر .

٥٣) عارضة الأحوذي شرح سنن الترمذي :

لأبي بكر محمد بن عبد الله المعروف بابن العربي المالكي / مطبعة دار العلم للجميع / بيروت .

٥٤) العبر في أخبار مَنْ غبر :

لمحمد بن أحمد بن عثمان الذهبي / حققه : أبو هاجر محمد السعيد بن بسيوني زغلول / ط ١ سنة ١٤٠٥هـ / دار الكتب العلمية / بيروت .

٥٥) فتح الباري شرح صحيح البخاري :

لأحمد بن علي بن حجر العسقلاني .

انظر : الجامع الصحيح للإمام البخاري .

٥٦) فتح القدير شرح الهداية :

لكمال الدين محمد بن عبد الواحد السيواسي المعروف (بابن الهمام) ط ١ ، مصطفى البابي الحلبي سنة ١٣٨٩هـ / القاهرة .

٥٧) القاموس المحيط :

لمجد الدين محمد بن يعقوب الفيروزآبادي / ط ٢ ، سنة ١٣٧١هـ ، مصطفى البابي الحلبي / القاهرة .

٥٨) قواطع الأدلة في أصول الفقه :

لأبي المظفر السمعاني / مخطوط رقم (٦٢٧) فيض الله افندي / تركيا .

٥٩) قوانين الأحكام الشرعية :

لمحمد بن أحمد بن جزي الغرناطي المالكي /الناشر: دار العلم للملايين بيروت .

٦٠) **الكافي في فقه أهل المدينة :**

لأبي عمر يوسف بن عبد البر النمري / تحقيق : د / محمد أحمد الموريتاني / ط ١ ، سنة ١٣٩٨هـ .

٦١) **الكامل في ضعفاء الرجال :**

لأبي أحمد عبد الله بن عدي الجرجاني / ط ٢ ، سنة ١٤٠٥هـ ، دار الفكر ، بيروت .

٦٢) **كشف الأسرار عن أصول البزدوي :**

لعلاء الدين عبد العزيز أحمد البخاري / ط ٢ ، الناشر : دار الكتاب العربي ، بيروت .

٦٣) **كنز الدقائق مع شرحه تبيين الحقائق :**

لأبي البركات عبد الله بن أحمد المعروف بحافظ الدين النسفي .

٦٤) **لسان العرب :**

لابن منظور جمال الدين بن محمد بن مكرم الأنصاري / طبعة مصورة عن بولاق / الدار المصرية للتأليف والنشر .

٦٥) **اللباب في الجمع بين السنة والكتاب :**

لأبي محمد علي بن زكريا المنجي / تحقيق : د / محمد فضل عبد العزيز المراد / الناشر : دار الشروق ، جدة / ط ١ ، سنة ١٤٠٣هـ .

٦٦) **لسان الميزان :**

لأحمد بن علي بن حجر العسقلاني ، منشورات المجلس الأعلى للمطبوعات/ الهند / مصورة عن الطبعة الأولى سنة ١٩٧١م / بيروت .

٦٧) **المبسوط :**

لشمس الأئمة السرخسي / ط ٣ بالأوفست سنة ١٣٩٨هـ / دار المعرفة ، بيروت .

٦٨) مجمع الأنهر شرح ملتقى الأبحر :

لشيخ زاده / ط ١ ، سنة ١٣٠٩هـ / تركيا .

٦٩) المجموع شرح المهذب :

لأبي زكريا محي الدين بن شرف النووي / علق عليه : محمد نجيب المطيعي / الناشر : مكتبة الارشاد / جدة .

٧٠) المحلى :

لأبي محمد علي بن أحمد بن حزم / تعليق : زيدان أبو المكارم حسن مكتبة الجمهورية سنة ١٣٨٧هـ .

٧١) مختصر الطحاوي :

لأبي جعفر أحمد بن محمد الطحاوي / دار الكتاب العربي / القاهرة سنة ١٣٧٠هـ .

٧٢) مختصر القدوري (مع الجوهرة) :

لأبي الحسين أحمد بن محمد القدوري .

٧٣) مختصر المزني (مع الأم) :

لأبي ابراهيم اسماعيل بن يحيى لمزني .

انظر الأم .

٧٤) مختلف الرواية :

لعلاء الدين السمرقندي / مخطوط رقم (١٨٨) عثمانيه / حلب .

٧٥) المستدرك على الصحيحين :

لأبي عبد الله الحاكم النيسابوري / الناشر : دار الكتاب العربي / بيروت .

٧٦) المسند (المتن) :

للإمام أحمد بن حنبل / دار صادر / بيروت .

٧٧) مصنف ابن أبي شيبة (الكتاب المصنف في الأحاديث والآثار) :

لأبي عبد الله بن محمد بن أبي شيبة / تحقيق : عامر العمري الأعظمي / الناشر : مختار أحمد النووي / الدار السلفية / بومباي / الهند .

٧٨) المصنف :

لأبي بكر عبد الرزاق بن همام الصنعاني / تحقيق : حبيب الأعظمي / ط ١ ، سنة ١٣٢٢هـ .

٧٩) المصباح المنير في غريب الشرح الكبير للرافعي :

لأحمد بن محمد بن علي الفيومي / الناشر : المكتبة العلمية ، بيروت .

٨٠) معالم السنن على سنن أبي داود :

لأبي سليمان حمد بن محمد بن ابراهيم الخطابي .

انظر : سنن أبي داود /

٨١) المغني شرح مختصر الخرقي :

لأبي محمد عبد الله بن أحمد بن قدامة المقدسي / تحقيق : د / عبد الله التركي والدكتور / عبد الفتاح الحلو / ط ١ ، دار هجر للطباعة والنشر سنة ١٤٠٦هـ / القاهرة .

٨٢) مغني المحتاج شرح المنهاج :

انظر المنهاج .

٨٣) المنتقى شرح الموطأ :

لأبي الوليد سليمان بن خلف الباجي الأندلسي / ط ٢ ، دار الكتاب العربي ، بيروت .

٨٤) المنتقى من السنن المسندة عن رسول الله ﷺ :

لأبي محمد عبد الله بن علي بن الجارود النيسابوري / تعليق : عبد الله هاشم يماني / ط ١ ، سنة ١٣٨٢هـ ، مطبعة الفجالة ، القاهرة .

٨٥) **المنهاج مع شرحه مغني المحتاج :**

لأبي زكريا محي الدين بن شرف النووي / مطبعة مصطفى البابي الحلبي / القاهرة .

٨٦) **الموطأ (مع المنتقى) :**

للإمام مالك بن أنس إمام دار الهجرة .

انظر المنتقى شرح الموطأ .

٨٧) **المهذب :**

لأبي إسحاق ابراهيم الشيرازي الشافعي / مصطفى البابي الحلبي / القاهرة / ط ٣ ، سنة ١٣٩٦هـ .

٨٨) **نصب الراية لتخريج أحاديث الهداية :**

لجمال الدين أبو محمد عبد الله بن يوسف الزيلعي / الناشر: المكتبة الإسلامية ، ط ٢ ، سنة ١٣٩٣هـ / استانبول .

٨٩) **النكت في المسائل المختلف فيها بين الشافعي وأبي حنيفة :**

لأبي اسحاق ابراهيم بن علي الفيروزآبادي الشيرازي / مخطوط رقم (١١٥٤) مصور عن أحمد الثالث .

٩٠) **الهداية (مع فتح القدير) :**

لبرهان الدين علي بن أبي بكر المرغيناني / ط ١ ، مطبعة مصطفى البابي الحلبي / القاهرة .



رقم الإيداع بدار الكتب المصرية ٧٧٧٠١ / ٩٥
الترقيم الدولى ٨ - ٧٢ - ٥٢٥٤ - ٩٧٧



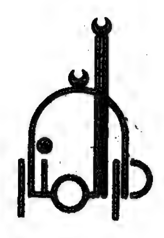
في الخلاف بين الإمامين الشافعي وأبي حنيفة
رحمهما الله

لأبي المظفر منصور بن محمد بن عبد الجبار السمعاني
التميمي المروزي الحنفي ثم الشافعي
المتوفى سنة ٤٨٩هـ

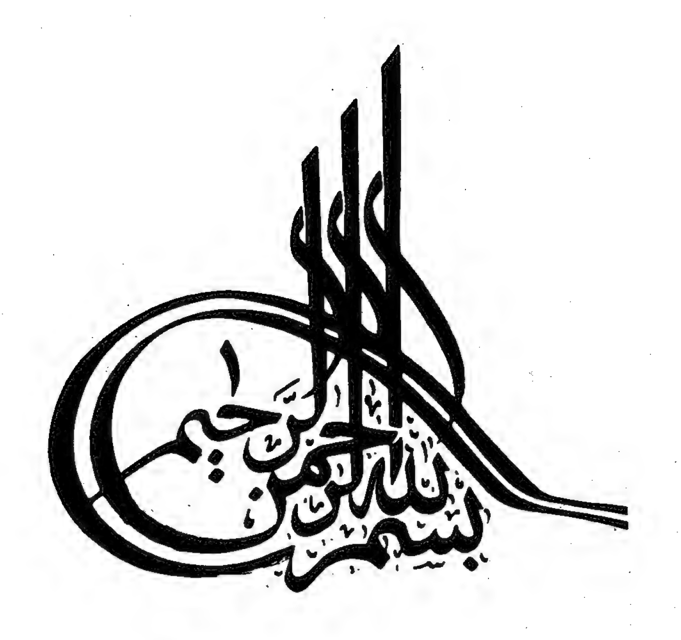
الجزء الثالث

« ربع البيوع والمعاملات »

تحقيق
الدكتور/ نايف بن نافع العمري
الأستاذ المشارك بالجامعة الإسلامية
بالمدينة المنورة







الاصطلام

في الخلاف بين الإمامين الشافعي وأبي حنيفة

رحمهما الله

الطبعة الأولى

١٤١٦ هـ - ١٩٩٥ م

دار المنار

للطبع والنشر والتوزيع

٩ شارع الباب الأخضر - ميدان الحسين

ص ب ٦١ هليوبوليس ت ٥٩١٥٠٨٥

بسم الله الرحمن الرحيم

المقدمة

الحمد لله ، نحمده ونستعينه ونستغفره ونتوب إليه ونعوذ بالله من شرور أنفسنا وسيئات أعمالنا ، مَنْ يهدى الله فلا مضل له ، وَمَنْ يضلل فلن تجد له ولياً مرشدا .

وأشهد أن لا إله إلا الله وحده لاشريك له ، وأشهد أنّ محمداً عبده ورسوله أرسله بالهدى ودين الحق ليظهره على الدين كله ولو كره المشركون، صلى الله عليه وعلى آله وصحابته أجمعين .

أما بعد :

فهذا هو الجزء الثالث والرابع من كتاب الاصطلام « لأبى المظفر السمعانى» وهو يشتمل على الربع الثانى من الكتاب « ربع البيوع » .

أعان الله على إكماله بمنه وكرمه ، ورحم الله علماءنا الذين خلفوا لنا هذا التراث العلمى العظيم .

وصلى الله وسلم على نبيه محمد وآله وصحبه ، والحمد لله أولاً وآخراً

المحقق

د / نايف بن نافع العمرى

بسم الله الرحمن الرحيم

كتاب البيوع

مسئلة بيع الغايب باطل في احد قولي الشافعي رضي الله عنه وعندهم جايز وهو القول
الاخر وفي المسئلة تفاصيل في فروع مذهبيه نذكرها في شرح المذهب والمبيع الغايب هو الذي لم يره المشتري اصلا
لنا ان المبيع مجهول عند العاقد فلا يجوز عقده عليه كما لو قال بعتك شيا ولم يسمه او قال بعتك عبدا او ثوبا عبد
كتبرو وانما قلنا انه مجهول لان سبب علمه لم يوجد لان طريق العلم بالاعيان هو رويتها وقد فقدت الروية للمبيع في
مسئلتنا فدل ان العلم به مفقود فان قالوا ان لم توجد الروية فقد وجد سبب اخر للعلم بالمبيع وهو الخبر عن وجوده قلنا
الخبر عن وجوده لا يفيد علما بوجوده وانما يفيد ظنا بحسب فان مع الخبر بوجوده يجوز ان يكون عن موجود ولا يتصور
وجود العلم مع هذا التجويز فدل انه لا مطمع لوجود العلم بالخبر في مسئلتنا فان زعموا ان الخبر في الجملة يفيد العلم وهو خبر
التواتر ولنا ذاك خبر بوصف والكلام في نفس الخبر وهو غير مفيد للعلم بحال فان قالوا ان الظن الحاصل بالخبر يكتفى لنا
جواز البيع عليه قلنا ولم وان النزول من العلم الى الظن والاقتناع به لا يجوز الا لحاجة ولا حاجة في مسئلتنا فان التوصل
الى وجود العلم حقيقة ممكن وهو ان يطلب الروية ولا حرج في طلبها فلا معنى للاكتفا بالظن فان قالوا لم قلتم ان اصل العلم
بالمبيع شرط للجواز قلنا لان المبيع انما يراد للمقصود وهو تحصيل ما فيه غبطة فان الشرع على خلاف هذا بيوع السفه
حرام منهي عنه ولا يتم هذا المقصود الا فيما يحيط علم المشتري به فاما ما لا يحيط علمه به فلا يوجد ولان الجهل بالوصف
عندهم قادح في المبيع بدليل انه يسلب اللزوم منه والجهل بالعين فوق الجهل بالوصف فلا بد له من عمل وقدح ولا يجوز ان
يكون عمله في سلب اللزوم لانه قد حصل بالجهل بالوصف فلم يبق له عمل سوى سلب الصحة ويدل عليه انه لو باع من انسان شاة
من قطيع بخيار ايها شا فانه لا يجوز وكذلك لو عبدا من العبيد الا ان عبدا زاد ولا سبب سوى الجهل بالمبيع وقد
... من اصحابنا في هذه المسئلة ان فقد الروية لا يوجب الا الجهل بالوصف غير ان ... لا فساد العقد لانه يضاهي الجهل
بالعين وبيان انه يضاهي الجهل بالعين ان المقاصد تختلف باختلاف الاوصاف كما تختلف باختلاف الاعيان ولان ...
... البياعات والاوصاف هي المنظور اليها في المالية فانها تكثر بكثرة الاوصاف وتقل بقلة الاوصاف فدل ان
الجهل بها يضاهي الجهل بالعين واستدل ايضا كثير من اصحابنا في هذه المسئلة بفصل الخيار وقالوا قد ثبت خيار في هذا البيع
لا يسقط بالاسقاط وهذا علامة فساد البيع بدليل ساير البياعات الفاسدة بيانه ان الزام العقد غير المشروع ...
المشروع مشروع وحيث لم يلزم البيع في مسئلتنا بالالزام قبل الروية دل ان امتناع اللزوم قد كان لفساد العقد وحده
وقالوا احتمل منع لزوم العقد مع الرضا باللزوم مع جوازه وعندي ان كل الطرق معترض والاعتماد على الاول
وسبطهم من بعده **واما حجتهم** تعلقوا اولا بما روي ان النبي عليه السلم قال من اشترى
شيا لم يره فهو بالخيار اذا راه وهذا نص لان الخيار لا يثبت الا في شري جايز قالوا ولا يجوز ان يحمل هذا على التخيير بين
الشرا وتركه اذا راه لان النبي عليه السلم اثبت الخيار له لعدم روية المبيع وذلك الخيار لا يثبت لعدم روية المبيع
وانما ثبت للولاية الاصلية الثابتة له بحريته وما لحقه كماله الخبر في كل الاشيا قولا وفعلا وابطلوا ايضا تاويل من
اول من اصحابنا وحمل على ما اذا كان راه من قبل ثم اشتراه فراه متغيرا عما كان من قبل وقالوا هذا الخيار ليس خيار
عدم الروية انما هو خيار تغير المبيع عما عليه واضيفه على ظاهر البيع وهو شبيه خيار العيب وتعلقوا ايضا باجماع

الصحابة

فعل الوكيل من وجه آخر وقالوا ان لم يجوز تسليمه الثمن الى الموكل احتجنا الى نقض قبضه واعادته في الحال لان التسليم
اليه متعين وان قبضه الوكيل بخلاف مسئلتنا لان الامام يجوز ان يعطيه فقيرا آخر قالوا واما زكوة اموال التجارة
فهي محفوظة بحشمة الامام انما هي محفوظة بايدي اصحابها ولا معنى لاثبات ولاية الامام عليها مع اختفائها وعلى انا ان
قلنا انها محفوظة بحشمة الامام ولكن انما جاز لارباب الاموال ان يؤدوا بانفسهم باذن الامام وهو عثمان رضي الله
عنه على ما يروى عنه انه فوض اليهم اداءها ولم يسقط به ثبوت الولاية لانه كان نوع حكم فلم يسقط ثبوت الحكم واستدل
مشايخنا باصل ثبوت المطالبة فان حق المطالبة ثابت للامام في الاموال الظاهرة بالاجماع حتى ان من عليه لو امتنع اخذ
الامام منه جبرا وقهرا فنقول حق ثبت للامام المطالبة به واستيفاؤه فلا يجوز لمن عليه تفريقه بنفسه دليله الجزية
والخراج **الجواب** ـــــــــ اما الآية فليس فيها اكثر من جواز اخذ النبي صلى الله عليه
والائمة ولا كلام فيه وانما الكلام في انه هل يجوز لمن عليه ان يؤديها بنفسه اولا وليس في الآية تعرض لهذا اما قولهم
ان الفقير مولى عليه لا يسلم لان الولاية لا تثبت الا على من هو من اهل الولاية عليه والفقير حر عاقل رشيد بالغ ليس من
اهل ثبوت الولاية عليه واما قولهم ان الفقراء لكثرتهم يعجزون عن استيفاء الصدقة قلنا لا يعجز لانه لا يؤمر بايصالها
الى جميع الفقراء ولان تعيين الفقير الى من عليه الزكوة واذا تعين ذهب العجز واما قولهم ان السوائم تكون محفوظة بحشمة
الامام وحمايته قلنا وكذلك الاموال في السوق واموال التجارة في الخانات والحوانيت ومع ذلك يجوز لمن عليه ان
يؤديها بنفسه وقولهم انه كان باذن الامام وهو عثمان قلنا قوله رضي الله عنه كان في جميع الاموال فانه قال هذا
شهر زكوتكم فمن كان له مال وعليه دين فليحتسب ماله بما عليه وليزك بقية ماله وليس لهذا اللفظ اختصاص باموال
التجارة دون غيرها وعلى ان الاموال الظاهرة ان كانت محفوظة بحشمة الامام فلم ينبغي ان يكون له الولاية على الفقراء
قالوا لو اخذ على عمله قلنا قد نال الاجر في الآخرة والوزر في الدنيا فلا معنى يحتاج الى شيء آخر واما ثبوت اصل
المطالبة للامام فللنظر لارباب الاموال والفقراء اما ارباب الاموال فليسهل عليهم التسليم ولا يحتاجون الى طلب
المستحقين وتتبع الاصناف واما الفقراء فلانه لو فوض بالكلية الى ارباب الاموال تغلب عليهم البخل والشح ولا
يكون للفقراء قوة الاخذ ولا لارباب الاموال سعة الايصال فيفوت الحق واما الامام فيكون له قوة الاخذ
وسعة الايصال فيحيا الحق فلهذا اثبتنا له المطالبة واما الجزية والخراج فانما لم يجز لمن عليه ان يفرقهما بنفسه
لان مستحقه غير متعين فان للامام ان يجعل الجزية والخراج في غير ارزاق المقاتلة مما يرى من المصالح واذا لم يتعين
مستحقه لم يجز لمن عليه تولي تفريقه بنفسه بخلاف مسئلتنا فان مستحق الصدقات متعين فاذا انعين من له ومن عليه
ومن له من اهل القبض لم يمنع قبضه بحال ثم ان الخراج والجزية مصلحة الملك لان الامام لا بد له من قوة وقوته
يكون بالجند وانما يقوى بهم اذا اقاموا على بابه وانما يقيمون على بابه ان رزقهم وتجري على يده فاذا لم تجر على يده
وكان لهم ان ياخذوا بانفسهم اخذوا وتفرقوا وذهبت قوة الامام فيصير كواحد من الرعية فلا يبقى له هيبة عندهم
واذا ذهبت هيبته وحشمته عندهم ضعف وامر جنده واكلت الرعية بعضهم بعضا وجاء الفساد الشامل
وانقطع النظام وتعذر الضبط واختل القوى وعم الهرج وجاءت الفتنة العمياء الصماء وعند ذلك الهلاك وذهاب
الدين والدنيا والله المستعان ومثل هذا لا يوجد في امر الزكوة لانه للفقراء والمساكين ولا يتعلق بذلك قوة
الامام ولا بقاء السلطان فافترقا لهذا والله اعلم بالصواب وهو الموفق والمعين

تم الربع الثاني من كتاب الاصطلام وهو ربع السبع بحمد الله
تعالى ومنه وهو الموفق لاتمامه بفضله وكرمه





في الخلاف بين الإمامين الشافعي وأبي حنيفة
رحمهما الله

لأبي المظفر منصور بن محمد بن عبد الجبار السمعاني
التميمي المروزي الحنفي ثم الشافعي
المتوفى سنة ٤٨٩ هـ

الجزء الرابع
« بقية ربع المعاملات »

تحقيق
الدكتور/ نايف بن نافع العمري
الأستاذ المشارك بالجامعة الإسلامية
بالمدينة المنورة

دار المنار

الطبعة الثانية

١٤١٧هـ - ١٩٩٧م

دار المنار للطبع والنشر والتوزيع
٩ شارع الباب الأخضر - الحسين
ت : ٥٩١٥٠٨٥



الاصطلام

في الخلاف بين الإمامين الشافعي وأبي حنيفة

رحمهما الله



(كتاب الوكالة)

مسألة :

التوكيل بالخصومة من غير رضا الخصم يجوز عندنا .[1]

وعند أبي حنيفة لايجوز .[2]

لنا :

إن التوكيل بالخصومة جائز بالإجماع ، بدليل انه إذا رضى به الخصم يجوز فإذا لم يرض فلا يبطل ، لأنه بترك الرضا متعنت ، والتعنت مردود في الشرع .

وإنما قلنا انه متعنت ، لأن التعنت طلب ما ليس له طلبه أو طلب زيادة بعد حصول مقصوده ، وإنما قلنا انه متعنت بترك الرضا ، لأن مقصوده بجوابه ليس هو عين الجواب ،وإنما المقصود معرفة إقراره وإنكاره حتى لو كان مقراً يؤمن بايصال حقه إليه وإن كان منكراً ليتمكن من إظهار حقه عليه بالبينة ولسانه ولسان وكيله في هذا المعنى واحد لايختلف بحال .

---

(١) انظر : المهذب : ٤٥٨/١ ، النكت ورقه ١٦٣/أ ، روضة الطالبين : ٢٩٣/٤ ، مغني المحتاج : ٢٢٠/٢ ، وبهذا قال الإمام أحمد ومالك ، قال ابن قدامة : " وبه قال : مالك ، وابن أبي ليلى ، وأبو يوسف ، ومحمد ، والشافعي . أ.هـ . المغني : ١٩٩/٧ ، الاشراف للبغدادي : ٢٦/٢ ، الأسرار : ١٦٢/٢/أ (مراد ملا) دوري : ٣٨٤/١ مع الجوهرة .

(٢) مختصر الطحاوي ص ١٠٨ ، مختصر القدوري : ٣٨٤/١ ، مع الجوهرة ، المبسوط : ٨/١٩ ، البدائع : ٣٤٥٠/٧ ، الأسرار : ١٦٢/٢/أ ـ ب (مراد ملا) ، رؤوس المسائل ص ٣٣٠ .

فدل ان المقصود بجوابه يحصل بجواب الوكيل كما يحصل بجوابه فهو إذا طلب جواب الموكل بلسانه يكون متعنتاً مُتَجَنياً فلم يقبل منه ذلك ، وهذا كالتوكيل بقضاء الدين من غير رضا مْنَ له الدين يجوز ، لأن مقصوده وصوله إلى حقه ويده ويد وكيله في هذا المعنى واحد لايختلف بحال ، فصار بترك الرضا بيد وكيله وطلب يده متعنتاً فلم يقبل منه ذلك ، كذلك هاهنا .

وأماحجتهم : / ١٣٥/ب

المدعي قد استحق على المدعى عليه جواب دعواه حقاً له فلا يملك نقل حقه المستحق عليه بغير رضاه إلى غيره .

دليله : إذا أحال بدينه على غيره بغير رضاه فإنه لايجوز ، كذلك هاهنا ، وهذا لأنه إذا كان الجواب حق المدعى وقد نقله إلى غيره فقد تصرف في حقه فلم يصح منه إلا برضاه كالدين سواء بسواء .

وإنما قلنا إنه استحق عليه الجواب حقاً للمدعى : أما استحقاق الجواب فلا إشكال فيه ، الا ترى ان القاضي يحضره ويطلب منه الجواب.

وأما الدليل على انه حق المدعى ان القاضي يطلب الجواب من المدعى عليه عند طلب المدعى وما يقف على طلب الآدمي يكون حقاً له ، ولأنه هو الذي ينتفع به .

ألا ترى انه يتمكن من إثبات حقه فدل انه حقه ، وهذا لأنه يجوز أن يكون صادقاً في دعواه فلاحتمال جهة الصدق وجب عليه الجواب حقاً له .

وربما يقولون : ان قوله محمول على الصدق ما أمكن إذ الأصل في الأخبار الصدق فالشرع أثبت لهذا الخبر جهة الصدق بهذا القدر ، لأنه

ليس فيه كثير ضرر على المدعى عليه ، لأنه يمكنه أن يحضر وينكر إن لم يكن عليه حق ويحلف ان طلب منه اليمين ، وليس هذا كأصل الحق حيث لايثبت على المدعى عليه بنفس الدعوى ، لأنا لو اثبتنا عليه الحق بنفس دعواه لأدى إلى ضرر عظيم ومفسدة عامة لا نهاية لها ، وهذا لايجوز بخلاف مسألتنا على ما سبق .

قالوا : وليس كما لو سقى أرضه فدخل الماء أرض جاره أو حفر بئراً في ملكه قرب أرض جاره ، لأنه متصرف في المسألتين في عين ملكه ، وفي مسألتنا متصرف في حق الغير على ما ذكرنا .

قالوا : وأما قولكم : ان حقه يصل إليه بالوكيل كما يصل بالموكل فيكون بترك الرضا متعنتاً لايصح هذا ، لأن حقه وإن وصل إليه ولكن هو بالتوكيل متصرف في حق الغير وتصرفه في حق الغير باطل بكل حال .

ثم قالوا : وهو المعتمد ، لانسلم انه متعنت بترك الرضا ، بل له غرض صحيح في تركه الرضا ، وَمَنْ له غرض صحيح في طلب شئ لايكون متعنتاً في طلبه .

وبيان ان له غرض صحيح في ترك الرضا هوز ان الناس يتفاوتون في الجواب تفاوتاً فاحشاً فمنهم مَنْ يكون سهل الجواب سهل الخصومة ، ومنهم مَنْ يكون شديد الجواب شديد الخصومة ، فإذا كان سهل الخصومة لين الجواب فسهولته ولينه يطمع صاحبه في إثبات الحق عليه ، وإذا كان شديد الجواب ألد الخصام فشدته وعسره تقطع طمع خصمه في إثبات حقه عليه ، وهذا شئ معلوم إذا رجعنا إلى العادات .

قالوا : فإن قلتم : ان الجواب كيف ما كان بوصف السهولة أو

بوصف الشدة فالموكل يملكه ، قال : بلى ، ولكن يملكه بقدر ما يطلقه الشرع ، فأما الوكيل فربما يزيد على قدر الجائز له توهماً منه انه محق في إنكاره فيستخرج الحيل المبطلة للحقوق ويستعملها فيه .

والحرف الوجيز في هذا لهم : انهم يقولون الموكل يجيب ولكن لايجوز له أن يزيد على قدر الجائز من الجواب ، وهو قد يعرف الجائز له ، وأما إذا وكل فلا يؤمن أن يزيد الوكيل على الجائز ظناً منه انه محق في إنكاره فإنه يجوز له دفع المدعى بكل حيلة ، فهذا غاية ما يقولونه في هذه المسألة .

قالوا : وخرج على هذا التوكيل بقضاء الدين ، لأن الدين حق معلوم محدود فلا يمكن الزيادة عليه فصار مَنْ له الدين بترك الرضا متعنتاً فلم يقبل منه .

وأما الخصومة فليس لها حد معلوم مقدر في الشرع ، وقد جرت عادة الوكلاء على باب الحكام بشدة الخصومة واستخراج الحيل التي تخفى على كثير من الناس ، ويخفى ذلك على القضاة أيضاً ، لأنهم يعرفون ظاهراً من الأمور ، ولايعرفون البواطن ، وإذا لم يكن له حد معلوم ولم يؤمن الزيادة فصار المدعى بترك الرضا دافعاً عن نفسه ما عساه يتوجه عليه بخصومة الوكيل ولايتوجه بخصومة الموكل فلم يكن متعنتاً بترك الرضا لوجود الغرض الصحيح .

وربما يقولون : التوكيل بالخصومة انما يجوز إذا كان المدعى مبطلاً ، فأما إذا كان محقا لايجوز ، لأن الخصومة مدافعة ومنازعة ، ودفع المحق عن حقه حرام ، ومنازعته فيه محظور ، فلا يعرف أن المدعى محق أو مبطل فلا يجوز التوكيل على التوهم .

قالوا : وأما جواب الموكل نفسه انما سمعناه ضرورة ، لأنه لايمكن أن لانسمع قول المدعى عليه ، فأما التوكيل فلا ضرورة في جوازه فلا يجوز مع التوهم ، والأول أحسن ./ ١٣٦/أ

وعبّر أبو زيد [١] عن ما قلناه ، وقال : التوكيل وان كان تصرفاً من الموكل في حقه لكنه يتناول حق صاحبه ، وفسّر التناول بما ذكرناه من قبل من إبطال حق ثابت أو إثبات حق لم يعرف له ثبوت ، وذلك بتفاوت المتخاصمين على ما سبق شرحه وبيانه .

الجواب :

انا نسلم ان الجواب مستحق على المدعى عليه ، لكنه لحق الشرع لا لحق المدعى، لأن بالدعوى لايجوز أن يستحق شئ ما ، ولئن جاز أن يستحق الحضور والجواب بالدعوى جاز أن يستحق نفس الحق .

وقد قالوا واعترفوا في مسألة الصلح على الإنكار انه لايثبت شئ في حق المدعى عليه ، وإن قالوا يثبت قالوا بذلك في حق المدعي .

فإن قالوا : وأيّ حق الشرع في حضوره وجوابه ؟

قلنا : دفع الخصومة ورفعها ، وهذا يصلح حقاً للشرع ، لأن الخصومات مفاسد وشرور ، والخير يجلب الخير ، والشر يجلب الشر ، والمفاسد يجب دفعها عن دار الإسلام حقاً للشرع فوجب الحضور في مسألتنا .

والجواب لقطع الخصومة بين هذين ، ورفع المنازعة بينهما يتضمن ذلك دفع مفسدة عن دار الإسلام ، وذلك حق الشرع ، وإنما وقف على طلبه ، لأنه لاتكون خصومة إلا بالطلب .

---

(١) انظر الأسرار : ١٦٢/٢ (مراد ملا) .

وقولهم : " إنه هو الذي ينتفع به ، لأنه يتمكن به من إقامة البينة " .

قلنا : عندنا يجوز إقامة البينة بكل حال ، ألا ترى انه إذا كان المدعى عليه غائباً يجوز له إقامة البينة ، ولايعرف انه منكر أو مقر ، وإنما القاضي يطلب إقراره وانكاره ليعرف جهة القضاء ، ويتبين له أطول الطريقين من أقصرهما على ما ذكرنا في مسألة القضاء على الغائب ، ثم يقال لهم : النفع الأعظم بالانكار للمدعى عليه ، لأن الدعوى إن كان في دين فإذا أنكر بقيت ذمته على البراءة الأصلية .

وان كانت الدعوى في عين فإذا أنكر بقى الدين في يده ملكاً له لاسبيل لاحدٍ عليه .

وأما الذي زعموا ان خبره محمول على الصدق ما أمكن فقد أجبنا عن هذا في مسألة الصلح على الإنكار ، وذكرنا ان المحتمل لايكون حجة في شيءٍ ما ، هذا جواب وتمشيته ممكن .

الجواب الثاني : وهو الأولى ، وهو انا ان سلمنا أن الجواب وجب حقاً للمدعى فقد قال بعض أصحابنا :

وجب ولكن لاعليه لكن بلسانه أو بلسان الوكيل فأينما وجد فقد خرج عن ما عليه .

وهذا ليس بشئ ، لأنهم يقولون : الدعوى على المدعى عليه فيكون الجواب به متوجهاً عليه لا على غيره ، ولأنه إذا وكّل فالوكيل نائبه فكيف يقال انه لم يكن الجواب واجباً عليه على التعيين ؟، لكن الجواب المعتمد انه وإن وجب عليه لحق المدعى لكن ينظر إلى حقه ، ونحن نعلم قطفاً ان حقه ليس عين الانكار ، وكيف يكون دفعه عن حقه ، وانكاره حقه حقاً له ، لكن حقه معرفة جوابه على ما سبق ، وهذا بلسانه ولسان

وكيله واحد فصار التوكيل توكيلاً بايصال حقه إليه من معرفة جوابه ، فأشبه التوكيل بقضاء الدين سواء .

وأما الذي قالوه : ان الناس يتفاوتون في الجواب .

قلنا : هذا محال ، لأن الإنكار واحد من كل من يوجد ولايتصور الإنكار وهو الجواب .

وأما الصياح واستخراج الحيل فليس هو الجواب ، والكلام في الجواب اذ هو الواجب فحسب ثم يقال لهم : إن ثبت لكم التفاوت فالجواب بأيّ وجهٍ يوجد مملوك للموكّل فملك التوكيل فيه ألا ترى إنه لو بالغ بنفسه وشدد في الخصومة بنفسه فإنه يمكّن من ذلك .

فأما الذي قالوا ان الوكيل ربما يزيد على مقدار الجائز " .

والجواب عن هذا وعن الكلام الذي ذكروه عقيب هذا شئ واحد ، وهو ان الوكيل جائز بالإجماع ، ألا ترى ان الخصم إذا رضى به جاز ، وإنما جاز بناء على زعمه انه محق في الإنكار، وانه لاشئ على المدعى عليه ، وكذلك في جانب المدعى إنما يجوز توكيله بناء على زعمه انه محق في دعواه ولو اعتبر ما قالوه من الكلامين لم يحز أصل التوكيل ، لأن الزيادة على قدر الجائز لايجوز وإن رضى الخصم ، وكذلك الوكيل على توهم الجواز لايجوز وإن رضى الخصم فثبت قطعاً إن جواز التوكيل بناء على زعم الموكل ، فإذا كان وكيل المدعي يجوز له أن يثبت الحق بكل حيلة يمكنه من هذا ...... [1] إذا كان وكيل المدعى عليه يجوز له أن يدفع المدعي بكل حيلة يمكّنه .

---

(١) بياض في المخطوط .

وهذا جواب لايبقى للخصم معه متنفس ولاحيلة لهم في الخروج عن هذا الكلام أصلاً .

وأما فصل الحوالة .

قلنا : إن نظرنا إلى جانب المحيل فهو اسقاط / الدين الذي **١٣٦/ ب** للمحتال عن ذمته ، وإن نظرنا إلى جانب المحال عليه فهي تمليك المحتال ديناً من ذمته ولايتصور واحد منهما إلا بوجود الرضا ممن يسقط حقه أو يملك حقاً .

وأما في مسألتنا فليس في هذا إلاّ ايصال حق المدعي إليه بلسان الوكيل.... [١]

وأما سقوط الحق فلا يوجد أصلاً فبطل التعلق بمسألة الحوالة .

وأعلم أن كل ما ذكرناه فهو في جانب المدعى عليه وإن تكلمنا في جانب المدعي فيكون الكلام أظهر ، لأن دعواه خالص حقه بلا اشكال .

وغاية ما يقولون على هذا ان الناس يتفاوتون في الدعوى فمنهم مَنْ يكون شديداً في دعواه ، ومنهم مَنْ يكون سهلاً في دعواه فهو وإن وكّل فـي خالص حقه لكن يتناول جانب صاحبه .

والجواب ما سبق .

وربما يقولون : ان المدعى قد ينقلب مدعىً عليه في وسط الدعوى .

قلنا : إذا انقلب ينقلب معه ويستأنف الحكم على قضية الشرع ، فأما في الحال فهو مدعى بلا إشكال فلا يعتبر فيه التوهم الذي قلتم ، والله أعلم بالصواب .

---

(١) في المخطوط (وأما) مكررة مرتين .

((مسألة))

إقرار الوكيل على موكله باطل ولا فرق بين مجلس الحكم وغيره .[1]

وعند أبي حنيفة ومحمد : يجوز في مجلس الحكم ولايجوز في غير مجلس الحكم .[2]

وعند أبي يوسف : يجوز في الحالين .[3]

وقول زفر مثل قولنا[4] ، وزعموا انه القياس .[5]

لنا :

انه وكيل بالخصومة فلا يملك إلا الخصومة ، والإقرار ليس بخصومة ، لأن الخصومة عبارة عن المنازعة ، والمدافعة ، والإقرار مساعدة وموافقة فيكون ضد الخصومة ، ولايجوز أن يملك بالشئ ضده .

---

(١) مختصر المزني مع الأم : ٤/٣ ، المهذب : ٤٦٢/١، النكت ورقه : ١٦٣/أ ، روضة الطالبين : ٣٢٠/٤ ، وهو قول الحنابلة والمالكية . قال ابن قدامه وبه قال : " مالك والشافعي ، وابن ابي ليلى " . المغني : ٢١١/٧ ، الإشراف للبغدادي : ٢٧/٢ .

(٢) مختصر القدوري : ٣٩٩/١ مع الجوهرة ، المبسوط : ٤/١٩ ، بدائع الصنائع ٣٤٥٦/٧ ، الاسرار : ١٦١/٢/ب (مراد ملا)، رؤوس المسائل ص ٢٣٤ .

(٣) مختصر القدوري مع الجوهرة : ٣٩٩/١ ، بدائع الصنائع : ٣٤٥٦/٧ ، المبسوط : ٤/١٩ ، الاسرار : ١٦١/٢/ب (مراد ملا) .

(٤) مختصر القدوري : ٣٩٩/١ مع الجوهرة ، بدائع الصنائع : ٣٤٥٦/٧ ، المبسوط : ٤/١٩ ، الاسرار : ١٦١/٢/ب (مراد ملا) .

(٥) المبسوط : ٥/١٩ ، الجوهرة على مختصر القدوري : ٣٩٩/١ .

يدل عليه من حيث الحكم : انه لو أقر في غير مجلس الحكم لايجوز ولو ملك الإقرار لَمَلَكَ في الحالين كالموكل ، ولأن الإقرار يكون واحداً في الموضعين .

وأما حجتهم :

قالوا : الإقرار جواب الدعوى فيملكه الوكيل بالخصومة مطلقاً .

دليله : الإنكار ، والدليل على انه جواب : أن الدعوى خطاب يخيره فجوابه التصديق أو التصديق ، فإذا كان التكذيب جواباً فيكون التصديق جواباً ، بل التصديق أولى أن يكون جواباً ، لأن التصديق أولى الجوابين .

وأما معتمدهم من حيث الفقه :

قالوا : التوكيل بالخصومة توكيل بجواب الخصومة مجازاً ، والإقرار جواب فيملكه لاعتبار العموم .

والدليل على أن التوكيل بالخصومة توكيل بجواب الخصومة ان التوكيل انما يصح من الإنسان لغيره فيما يملكه ، فأما الذي لايملكه فلا يجوز التوكيل فيه ، والذي يملكه المدعى عليه بكل حال هو الجواب فإن المدعى ان كان محقاً يجيب بالتصديق وإن كان غير محق يجيب بالإنكار ، فأما الجواب بالانكار بكل حال فلا يملك ، وإذا ثبت هذا فنقول : إذا وكّل بالخصومة لايجوز أن يحمل هذا الأمر على حقيقته ، لأن الوكالة عقد صحيح بكل وجه والخصومة غير مملوكة بكل وجه ، فلابد من العدول إلى المجاز ليصح العقد بكل وجهٍ ، فجعلنا التوكيل بالخصومة توكيلا بجواب الدعوى ليصح من كل وجهٍ ، وجهة جواز العبارة بالخصومة عن الجواب مجاز ، لأن الجواب جواب الخصومة ، والشئ سمي باسم ما يقابله بدليل قوله تعالى : (**وَجَزَاءُ سَيِّئَةٍ سَيِّئَةٌ**

مِثْلُهَا) [١]

وبدليل قوله تعالى : (فَمَنِ ٱعْتَدى عَلَيكُمْ فَاعْتَدُوا عَلَيْهِ بِمِثْلِ مَا اعْتَدَىَ عَلَيكُمْ.....) [٢] ، ومعلوم ان الثاني ليس سيئة ولاعدوان ولكن سمى باسم ما يقابله على طريق المجاز ، كذلك هاهنا .

قالوا : ولايقال ان هذا استعمال اللفظ الواحد في الحقيقة والمجاز ، فإنه قد ملك الإنكار وهو خصومة حقيقية وملك الإقرار وهو خصومة مجازاً .

وعندكم : لايجوز أن يكون اللفظ الواحد متناولاً للحقيقة والمجاز جميعاً .

قال : هذا لايصح ، لأنا ما حملنا اللفظ الواحد على الحقيقة والمجاز ولكن قلنا صار اللفظ مجازاً عن الجواب ثم ملك الجواب أجرى على عموم الجواب .

ونظير هذا إذا حلف ان لايضع قدمه في هذه الدار فدخل حافياً أو متنعلاً أو راكباً أو ماشياً يحنث ، لأنه قد صرف عن حقيقته إلى جهة المجاز وهو الدخول ، ثم اليمين تناولت الكل بعموم المجاز كذلك هاهنا .

قالوا : وليس يلزم إذا استثنى الإقرار حيث لايجوز إقراره ، لأن التوكيل بالخصومة انما يصرفه إلى ما يملكه من الجواب إذا لم يصرح بما يمنع صرفه إليه ، وهناك قد صرح بما يمنع صرفه إليه ، لأنه لما استثنى الإقرار لم يبق إلا الإنكار فكأنه صرح بالتوكيل بالإنكار فلا يمكن صرفه

---

(١) سورة الشورى آية (٤٠) ، وقد استدل بهذا الدبوسي في أسراره : ٢/١٦١/ب (مراد ملا) .

(٢) سورة البقرة آية (١٩٤) .

إلى الجواب بل يقال للوكيل ان جاز لك الإنكار فانكر وإلا فأخرج نفسك عن الوكالة .

وأما هاهنا لم يصرح بما يمنع صرف اللفظ الى المجاز فصرفنا حتى يكون توكيله المطلق / مصادقاً فأما يجوز من كل وجهٍ ، وأما هناك **١٣٧/أ** فهو توكيل مقيد فيجوز أن يحكم بصحته من وجهٍ لا من وجهٍ .

قالوا : ونظير ما قلنا العبد بين شريكين إذا باع أحدهما نصيبه ينصرف إلى نصيبه ليكون تصرفه فيما يجوز ، ولو باع نصفه من النصيبين أو باع نصيب صاحبه لم يجز [١] ، لأنه قد صرح بما يمنع صرفه إلى نصيبه خاصة ، كذلك هاهنا .

قالوا : وليس يلزم إذا أقر في غير مجلس الحكم حيث لايجوز ، لأنا إنما جوّزنا إقراره لأنه جواب الخصومة فيقيد بمجلس الخصومة وهومجلس القاضي ، فأما الموكل فإنما جوزنا إقراره ، لأنه جواب الخصم لكن بأصل حريته ومالكيته فلم يتقيد بمكان دون مكان .

قالوا : وليس يلزم الصلح والإبراء ، لأنه ليس بجواب الخصم بل هو عقد مبتدأ ، ألا ترى أن القاضي يطالب منه الجواب بالتصديق أو التكذيب ، ولايطالب منه الصلح ولا الإبراء .

قالوا : ولايلزم الأب والوصي إذا أقر على الصبي لأن ذلك جواب الخصم غير أنه لايملكه ، لأن الله تعالى قيّد تصرفهما بشرط الأحسن لليتيم ، وليس الأحسن لليتيم أن يقر عليه .

---

(١) انظر الأسرار : ٢/١٦١/ب (مراد ملا) .

فإن قلتم انه أحسن له في الآخرة ، بلى ، ولكن أمر الآخرة قد وضع عنه لصغره إلى أن يبلغ ثواباً وعقاباً فاعتبر الأحسن في الدنيا خاصة ، وقد بينّا انه ليس من الأحسن في أمر الدنيا أن يقر عليه بمالايعرف وجوبه .[1]

قالوا : وليس يلزم الوكيل بالخصومة في القصاص وحد القذف ، لأنه قام دليل على المنع من الإقرار وهو ان الثابت به ما يندرئ بالشبهات ، ونحن انما صرفنا اللفظ إلى الجواب على طريق المجاز ، فلا يخلو من نوع شبهة ، هذا كله في جانب المدعى عليه .[2]

قالوا : وأما المدعى إذا وكّل بالخصومة فهو يملك الإقرار أيضاً بعد الشروع في الدعوى بأن ادعى المدعى عليه إبراء المدعى أو استيفائه فصدقه الوكيل صح ذلك .

وأما إذا أقر ابتداءً على موكله ببطلانه في دعواه اختلفوا فيه : ـ

- فقال بعضهم[3] : يملك ويصير التوكيل بالخصومة توكيلا بتبيين الحق وإظهاره مجازاً على ما سبق فربما يكون الحق هو قَبلَه[4] الوكيل .
- ومنهم من قال : لايملك الوكيل أن يعترف على موكله بإبطاله في دعواه ابتداءً ، لأنه حينئذ يكون رداً لأصل الوكالة فلابد من الشروع في الخصومة على ما يقتضيه التوكيل ، ثم ان أقر بعد

---

(١) المصدر السابق : ١٦٢/٢/أ (مراد ملا) .

(٢) انظر الأسرار : ١٦١/٢/ب (مراد ملا) ونقل الإجماع على ذلك .

(٣) وهو قول أبي يوسف ، انظر : مختصر القدوري : ٣٩٩/١ .

(٤) كذا في المخطوط ولعل صحة العبارة (هو ما قبله ....) .

ذلك يجوز .[1]

والمسألة في نهاية الإشكال عليهم ، وهذا الذي ذكرناه لهم قدر الممكن . وقد تعلق كثير من مشايخهم بسماع البينة ، وقالوا : الإقرار معنى يسقط الخصومة فيملكه الوكيل .

دليله : إقامة البينة وسماعها .

الجواب :

قولهم " ان الإقرار جواب الخصم " .

قلنا : بلى ، ولكن لا بالخصومة بل بضدها ، وهو إنما وكّل بالخصومة فلا يملك بها ضدها .

وأما قولهم " انه توكيل بجواب الخصم على طريق المجاز " .

قلنا : لايجوز العدول إلى المجاز إلا بدليلٍ ، فأما دليلهم يقال بطريق المجادلة ، وهو وكيل بالخصومة ، فإن عرف ان الخصومة جائزةٍ له يفعلها وإلا يخرج نفسه عن الوكالة فيترك الموكل جانباً .

ونظيره إذا استثنى الإقرار ، وإذا جعلناه هكذا لايحتاج إلى صرف اللفظ من الحقيقة الى المجاز بل هو مقر على الحقيقة .

وقولهم : " ان التوكيل جائز بكل وجهٍ " .

قلنا : الوكالة عقد شرعي فيجوز على ما يجوّزه الشرع ، والشرع يجوّز الإنكار إذا لم يعرف ان المدعى محق ، فأما إذا عرف ان المدعى محق فلا يجوز له الإنكار ، فلايجوز هذا العقد على مكابرة الشرع والعقل ، بل يجوز على مايوافق الشرع وهذه مجادلة حسنة جداً .

---

(١) وهو قول أبي حنيفة ومحمد ، انظر : مختصر القدوري : ١/٣٩٩ .

فأما على المفاقهة نقول : عقد الوكالة قد جاز من كل وجهٍ مع تقرير الخصومة على حقيقتها ، لأن عقد الوكالة ينبني على زعم الموكل في الشرع .

والدليل عليه : ان المدعى إذا وكّل انساناً بالدعوى يجوز له الدعوى من غير أن يبحث انه محق أو مبطل بل يدعي بناء على قوله انه محق في الدعوى ، وكذلك إذا وكل المدعى عليه بالانكار يجوز له الإنكار من غير بحث انه محق في انكاره أو مبطل بل ينكر بناء على قوله " انه مبطل في دعواه ، وإذا ثبت هذا الأصل فقد جاز التوكيل من كل وجه بالخصومة وهي المناكرة ولاتحتاج الى صرف اللفظ الى المجاز بوجهٍ ما ، بل يترك على حقيقته وأجرى على المسامحة على ما بينا .

وهذا جواب قطعي لايأتي عليه اعتراض ثم يقول ان سلمنا لكم انه وكيل بجواب الخصم فلا يملك الإقرار أيضاً .

ونقول لو / صرّح بالوكيل بجواب الدعوى لايملك الإقرار أيضاً، وإنما **١٣٧/ب** قلنا ذلك ، لأن العرف محكم على المعاملات خصوصاً في الوكالات بدليل انه لو وكلّ إنساناً بشراء الفحم في الشتاء ثم جاء الصيف ينعزل . ولو وكل بشراء الجمد في الصيف ثم جاء الشتاء ينعزل ، ولايجوز أن يشتري ، وإذا ثبت ان العرف محكم فليس من العرف أن يوكل ليقر بل العرف انه يوكل لينكر ، وهذا عرف عام لايوجد خلافه بحال ، وهذا لأن التوكيل حقيقته استعانة بالغير في تصرف يفعله ، وإنما يستعين الإنسان بغيره فيما يعجز عنه فأما فيما يقدر عليه بنفسه في الحال فلا .

يدل عليه : انه لو وكّل غيره بالإقرار ، وصرح به يصير مقراً في الحال ، فكيف تصح من الوكيل النيابة في الإقرار ، والتوكيل به صريحاً لايتصور .

وإن قلتم لايصير مقراً ما لم يقر الوكيل فمحال ، لأن التوكيل بالاعتراف، دليل على الإعتراف ، لأنه لايجوز أن يوكل بالإعتراف إلا معترف ، وهذا لأنه ليس بانشاء تصرفٍ حتى تصح الاستنابة فيه انما هو إخبار بواجب عليه ، فإذا قال : أخبر المدعى بوجوب هذا الحق عليّ فلابد من الوجوب ليصح الأمر بالاخبار كالرجل يقول : اخبر فلاناً بأن زيداً في الدار ، فلابد أن كون زيد في الدار حتى يصح الأمر بالاخبار، وإذا ظهر الوجوب بهذا الطريق يصير مقراً قطعاً وإذا صار مقراً ، لم يصح التوكيل بالإقرار انما يكون إخباراً بإقراره لا إقرار عليه .

وكذلك نقول في الإنكار ، فإنه إذا وكّل بالإنكار يكون منكراً .

فدل ان الإستنابة في الإقرار والإنكار لاتتحقق أصلاً ، وإنما يتحقق الوكيل بالخصومة فحسب إلا انه ملك الإنكار ، لأنه خصومة ، أو لأنه لاتتصور خصومة إلاّ معه ، والإقرار ليس بخصومة على ما سبق فلا يملكه فجاء مما قلناه كلامان :

أحدهما : ان الإقرار مستثنى عنه عرفاً فصار كالمستثنى صريحاً .

والآخر : ان التوكيل بالإقرار لما لم يتحقق وليس بخصومة لم يملكه الوكيل ، والإنكار ملكه ، لأنه لايتصور خصومة إلا بمناكرة فملك لهذا ، وهذا كلام يصلح الإعتماد عليه ابتداءً .

فإن قالوا : لو أراد أن لايقر لنهاه صريحاً " .

قلنا : قد حصل النهي عنه عرفاً فاستغنى عن التصريح كمسألة نقد البلد .

والجواب الأول أحسن .

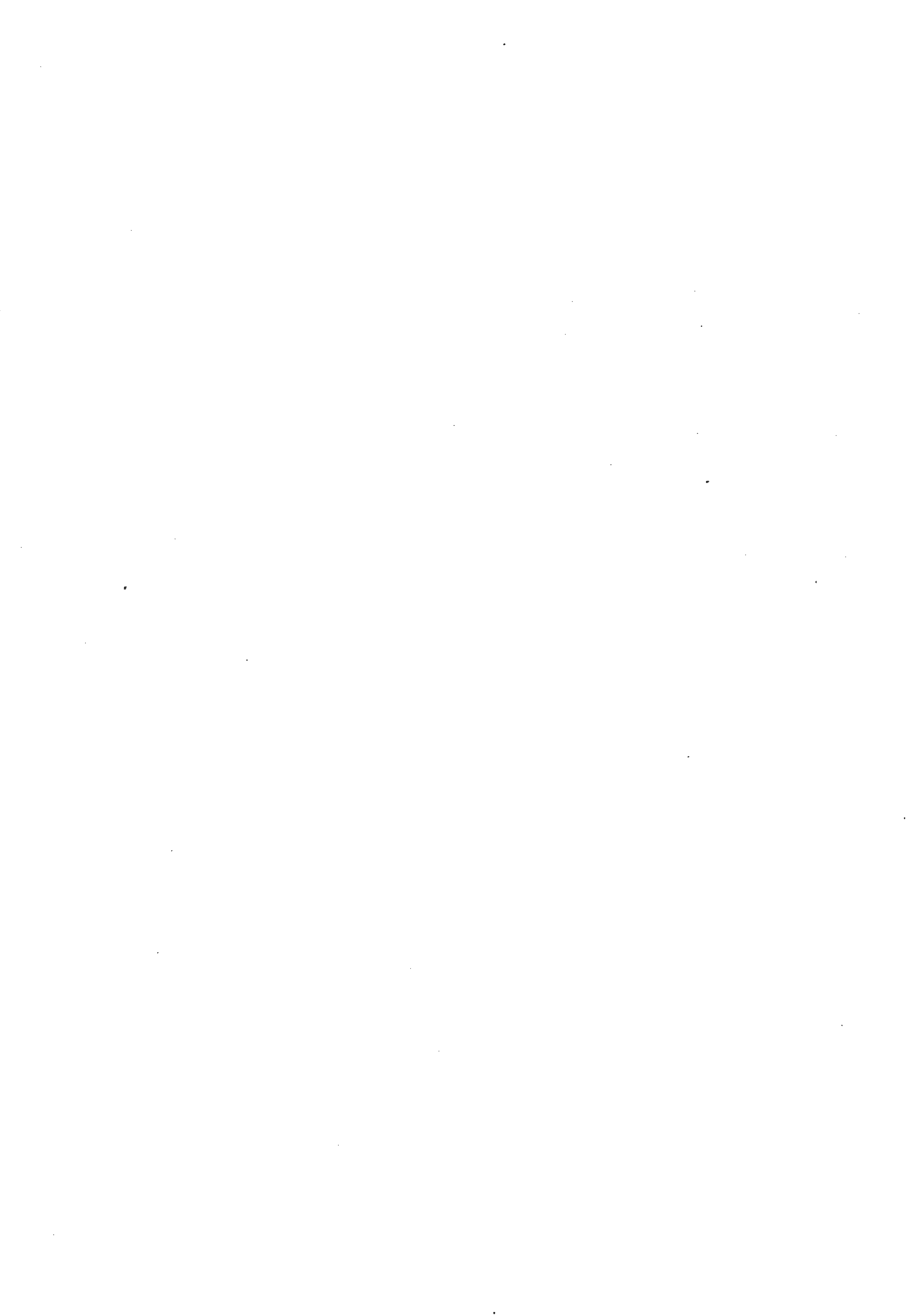
وأما تعلقهم بفصل سماع البينة وإقامتها .

قلنا : هو من الخصومة ، لأنه إن أقيم عليه البينة فقد حاجّه صاحبه بحجة مَنْ يخاصم ، وإن أقام هو البينة فقد حاجّ خصمه بحجة مَنْ يخاصم فهذا عين الخصومة ، فأما إذا أقر فقد استسلم وانقاد لخصمه فكيف يكون مخاصماً معه ؟ مثل الإنسان يكون مناظراً مع صاحبه إذا خالفه فأما إذا وافقه فلا .

وقولهم " **انه يرفع الخصومة** " .

قلنا : بل ، ينهي الخصومة ، لأنه إذا سمع عليه البينة وأقام هو البينة فقد انتهت الخصومة ، والشئ إذا فعله الإنسان إما بنفسه أو نيابة عن غيره فلابد أن يكون له آخر . وهذا آخر الخصومة ونهايتها ، فأما الإقرار فهو فعل ضد الخصومة بالتوكيل بالخصومة وهذا لايجوز بحال . والله أعلم بالصواب .





((مسألة))

الوكيل بالبيع لايملك البيع الا بثمن المثل وبنقدٍ ، ولايملك بيعه بعرض .[1]

وعند أبي حنيفة : يملك بما عَزّ و هان حالاً وبزمان بأيّ ثمنٍ كان .[2]

لنا :

انه وكيل مخالف ، فلا يصح خلافه على موكله .

دليله : إذا وكّل بالبيع فوهب ، وإنما قلنا " انه مخالف " لأنه وكيل بالبيع وإذا باع بغبن فاحش ، فالمفعول بيع من وجه تبرع من وجهٍ فيكون مخالفاً .

وأما قولنا " **بيع من وجه** " فلا اشكال فيه .

وقولنا : " تبرع من وجه " فالدليل عليه انه لايصح البيع بغبن فاحش إلاممن يملك التبرع ، فأما من لايملك التبرع وان ملك البيع لايصح بيعه بغبن

---

(١) مختصر المزني :٩/٣ ، المهذب : ٤٦٦/١ ، النكت ورقه ١٦٥/أ ، وبه قال المالكية والحنابلة ، قال ابن قدامة : " وبهذا قال الشافعي وأبو يوسف ومحمد " أهـ . المغني : ٢٤٧/٧ ، الاشراف للبغدادي : ٢٨/٢ ، مختصر القدوري مع الجوهرة : ٣٩٤/١ ، ٣٩٥ ، بدائع الصنائع : ٣٤٦٣/٧ ، المبسوط : ٣٦/١٩ .

(٢) مختصر الطحاوي ص ١١١ ، ١١٢ ، مختصر القدوري مع الجوهرة : ٣٩٤/١ ، ٣٩٥ ، المبسوط : ٣٦/١٩ ، البدائع : ٣٤٦٣/٧ ، رؤوس المسائل ص ٣٣٦.

فاحش بدليل بيعه بغبن ، الأب والوصي والمريض والمكاتب ان سلموا ، فلما لم يصح البيع بغبنٍ إلا ممن يملك البيع تارة والتبرع أخرى . دل انه بيع من وجه تبرع من وجهٍ لأن التبرع بذل مال بلا عوض ، وهذه الزيادة في البيع بغبنٍ وإن كان بإزاء مال تسمية فليس بإزاء مالٍ حقيقة .

ألا ترى انه إذا فقد التسمية وجاء الأمر إلى البدل الشرعي الذي هو مبني على تعديل العوض بالمعوض مالية ، فإنه لاتجب هذه الزيادة بحالٍ ، فثبت ما قلناه " انه بيع من وجهٍ تبرع منه " لأنا ان نظرنا إلى التسمية صورة فهو بيع وان نظرنا إلى الحقيقة فهو بذل مال .

واستدل الأصحاب بفصل العادة وقالوا : العادة محكمة في المعاملات خصوصاً في الوكالات .

أما في المعاملات بدليل انه لو باع بألف درهم ينصرف الى نقد البلد رجوعاً / الى العرف والعادة . **١٣٨/أ**

وأما في الوكالات فقد قالوا : لو وكّل بشراء الطعام ينصرف إلى الحنطة ودقيقها لأجل نحاة العراق .

وقالوا : إن ببغداد يسمى سوق الحنطة سوق الطعام .

ويدل عليه مسألة الفحم والجمد على ما عرف .

وكذلك قالوا : لو دفع دراهم يسيرة إليه ليشتري بها طعاماً ينصرف إلى الخبر فإن دفع دنانير أو دراهم كثيرة ينصرف إلى الحنطة وكان ذلك باعتبار العرف أيضاً .

وإذا ثبت تحكيم العرف فهو يوجب تقييد الوكالة بثمن المثل فصار كما لو قيد لفظاً .

وعندي ان الإعتماد على الطريقة الأولى .

وأما حجتهم :

قالوا : وكيل موافق فيجوز فعله على موكله .

دليله : إذا باع بثمن المثل ، ودليل الموافقة انه مأمور بالبيع ، والمفعول ههنا بيع ، لأنه قال : بعت كذا بكذا " .

وانما يوجد شرعاً ما يفعله بالمعاقدة لفظاً،والذي فعله هو البيع ، لأنه تلفظ به فيكون الموجود شرعاً هو البيع أيضاً .

يدل عليه : ان حدّ البيع : مبادلة المال بالمال على ضد وضع التبرع لأنه بذل مال بلا مال .

وفي مسألتنا وجدت مبادلة المال بالمال بدليل ما ذكرناه من قوله " **بعت كذا بكذا** "، وهذا نص في انه مبادلة مال بمال .

وإذا ثبت هذا فنقول :

تقييد الأمر بثمن المثل وهو مطلق في نفسه تغييره ، والتغيير بهذا الوجه ، قد بينا انه نسخ ، والنسخ لايجوز إلا بدليل . وهذا وان لم يسمّ نسخاً لكنه تغيير الأمر بلا اشكال .

وكما لايجوز تغيير امر الله تعالى إلاّ بدليل قاطع لايجوز تغيير أمر العباد أيضاً .

واستدلوا : في انه بيع من كل وجه بأنه لو حلف أن لايبيع فباع بهذا الوجه حنث ، ولأن البيع له ثلاثة أوصاف يقال : بيع رابح ، وخاسر ، وعدل ، فعلى أيّ وجهٍ كان فهو بيع ، ولأن الربح مقصود في التجارة فلايجوز أن يصار إلى ان الربح المقصود إذا حصل يخرج العقد عن كونه بيعاً ويصير شيئاً آخر .

قالوا : ولايجوز أن يقال انه إذا باع بغبن فاحش يعتبر خروج

الزيادة من الثلث دل انه تبرع ، لأنا لم نعتبر خروجها من الثلث لأنه تبرع ، لكن لأجل ادخال الضرر على الورثة ببيعه ، وهو ممنوع من ادخال الضرر على الورثة سواء كان ذلك الضرر بتبرع أو بيع .

قالوا : وأما قولكم " انه لايصح البيع بغبنٍ فاحشٍ إلا ممن يصح منه التبرع " ، ليس كذلك فان المكاتب والعبد المأذون والصبي المأذون يصح منهم البيع بغبنٍ فاحش ولايصح منهم التبرع .

فأما الأب والوصي فإنما لم يجز منهما ذلك لا لأجل أنهما لايملكان التبرع ، بل ، لأن تصرفهما مقيد بشرط الأحسن بنص الكتاب ، وليس من الأحسن أن يؤمر بالبيع فيبيع بالغبن .

وأما المريض لايملك البيع بالغبن ، لا لأنه لايملك التبرع لكن لأنه تصرف تصرفاً ادخل به الضرر على الورثة ، وهو ممنوع من تصرف يضر بالورثة سواء كان بالتبرع أولا بالتبرع .

قالوا : والدليل على ان المريض إذا باع بالغبن فهو بائع وليس بمتبرع ان المشتري يقال له : إما ان يوفر الثمن الذي هو ثمن المثل أو يفسح البيع ، ولو كان تبرعاً لم يكن سبيل إلى الفسخ .

واعترضوا على قولنا " انه يقيد الأمر بثمن المثل بالعرف " .

قالوا : لو تقيد به في الوكالة لتقيد به في الثمن ، وبالإجماع لو حلف أن لايبيع فباع على هذا الوجه يحنث ، وهذا لأنه انما لم يتعارف هذا البيع استعمالاً ، فأما اسماً فهو متعارف ، لأن كل الناس يسمونه بيعاً ويعرفونه بيعاً ، وإذا عرف بيعاً دخل تحت الأمر وان لم يعرف استعمالاً .

ألا ترى انه لو حلف ان لايأكل لحماً فأكل لحم الآدمي أو لحم ميت يحنث ،

لأنه يسمى لحماً عرفاً وان لم يكن كسائر اللحوم في الأكل استعمالاً .

قالوا : وإذا ثبت انه يسمى بيعاً عرفاً فلابد من دخوله تحت الأمر بالبيع ولاينظر إلى فقد الإستعمال ، كما لو حلف ان لايبيع فباع بغبنٍ يحنث ، وينظر إلى دخوله في اسم البيع عرفاً وان فقد استعمالاً ، وهذا لأن في العمومات يعتبر اللفظ وشموله للمسميات ، لأن اللفظ هو الذي ينظمها .

فأما تعارف الاستعمال فلا معنى لاعتباره ، لأنه سواء يجري التعارف باستعماله أو لم يجر ، فإذا استعمل يصح لدخوله تحت اللفظ ، كما لو نص .

قالوا : وأما مسألة نقد البلد :

فعندنا : انما انصرف الثمن المطلق إليه لأجل تصحيح العقد غير إنه صار أولى من سائر النقود لأجل غلبة الإستعمال فلم يكن الصرف إلى نقد البلد بمجرد العرف .

قالوا : وكذلك إذا وكّل بالبيع بألفٍ ينصرف إلى نقد البلد لأجل تصحيح الوكالة .

وأما في مسألتنا فالبيع بكل قدرٍ صحيح ، والاسم متناول للكل على وجهٍ واحدٍ

وانما الخلاف في الإستعمال ، والمعتبر عموم / الاسم بدليل مسألة **١٣٨/ب** الحلف فإنه ينظر فيه إلى عموم الاسم ولم ينظر فيه إلى الاستعمال .

وهذا هو الإشكال على هذه الطريقة .

قالوا : وأما مسألة الوكيل يشرى الطعام ، فإنما انصرف إلى الحنطة ودقيقها لأجل ان الاسم في العرف لايتناول غيره .

ومسألة الفحم والجمد منعوا على قول أبي حنيفة .

قالوا : وليس كما لو وكّل بالشراء فاشترى بأكثر من ثمن المثل حيث لايجوز ، لأنا انما نسلم في العبد المطلق الذي يمكن شرائه لنفسه ، وأما إذا كان معيناً ولايمكنه شرائه لنفسه فإنه يجوز على موكله بكل حال ، وفي العبد المطلق انما لم يجز لالعدم دخوله تحت الاسم بل لأجل انه متهم في هذا الشراء ، والوكيل أمين وموضع التهمة لايتناوله عقد الامانة .

وبيان التهمة : انه يجوز أن يكون اشتراه لنفسه فلما نظر وارتاب ولم يقع بموافقته أظهر انه اشتراه لموكله وهذا لايوجد في البيع فجاز فعله على موكله كيف باع .

وخرجوا على ما قلنا إذا باع من أبيه وأمه حيث لايجوز عند أبي حنيفة، لأنه متهم في البيع منهما ، وقد بيّنا ان الوكالة امانة فتخرج من موضع الخيانة من عقد الأمانة .

وأما في مسألتنا فلا تهمة في البيع من الأجنبي سواء باع بثمن المثل أو أقل أو أكثر ، واللفظ قد يتناول الجميع على وجه واحد على ما سبق فوجب أن يجوز بيعه بكل حال .

قالوا : وإذا ثبت هذا الحكم وهو جواز البيع من الوكيل بما عزّ وهان أيضاً بنقدٍ وبزمان ، لأن الكل بيع وهو متعارف أيضاً وهو بيع من كل وجه أيضاً ، وكذا جاز بأيّ ثمن كان . لأن العقد فيما يرجع إلى ما يخرجه عن ملكه بيع ، وإنما هو شراء فيما يرجع إلى العوض الذي يقابله .

والمعتبر عموم الاسم فيما أضيف إليه اسم البيع وهو الذي يخرجه

عن ملكه . فأما الذي يدخله في ملكه فهو بمنزلة التبع لهذا .

الجواب :

قولهم : " **انه وكيل موافق** " .

قد دللنا على انه مخالف في حجتنا ، والمعتمد في بيان الخلاف انه مأمور بالبيع من كل وجه ، والمفعول بيع من وجه تبرع من وجه .

فأما قولهم " انه قال بعت كذا بكذا ، وقولهم " ان حدّ البيع مبادلة المال بالمال ، وقد وجد بقوله " بعتك كذا بكذا " .

قلنا : هذا كله بيان وجود البيع تسمية وصورة ، ونحن لاننكر انه بيع تسمية ، ولكنه تبرع حقيقة بدليل ما بينا ، وصورة ما قلنا انه إذا باع عبداً يساوي ألفاً بخمسمائة فهي في نصف العبد متبرع حقيقة ، وإن كان بائعاً تسمية ، فأما في النصف الآخر بائع حقيقة وتسمية ، وإنما قلنا ذلك ، لأن البيع عقد مبادلة بمال فكما ينظر الى أصل المال ينظر إلى قدر المال ، لأن الكل مقصود مطلوب .ولهذا اعتبر إعلام قدره بالإشارة في بيع العين أو الخبر في بيع الوصف .

وإذا عرف هذا فعند النظر الى أصل المال يكون مبادلة المال بالمال وعند النظر إلى قدر المال يكون نصف العبد مالاً بمالٍ ، فأما النصف الآخر يكون مبذولاً بلا مالٍ فثبت بهذا التقدير ما ادعيناه قطعاً .

وأما قولهم : " **ان البيع له ثلاثة أوصاف** " .

قلنا : البيع من كل وجهٍ له وصف واحد ، وقد سبق الدليل عليه ولايحصلون في هذا إلا على مجرد الدعوى .

وأما قولهم " ان المقصود من البياعات طلب الربح " .

قلنا : بل ، المقصود الذي وضع له العقد في الشرع هو تحصيل

شئ بشئ ، وان شئت قلت المقصود من الشراء تحصيل الوصول الى الأعيان ، والمقصود من البيع الوصول إلى الأثمان ، فأما الربح فانما يوصل إليه بأسباب وحيل على ما يعرف في المعاملات ولانقول ان أصل العقد شرع لأجله ، لكن شرع لما بينا غير انه يتوصل الى الربح بطريق زائد .وأما المسألة التي تعلقوا بها وهي مسألة الحلف على ترك البيع ، فهى مسألة مشكلة على طريقة مَنْ يستدل بالعرف ، خارجة على هذه الطريقة التي اعتمدنا عليها ، لأنا قلنا بيع من وجه تبرع من وجه فحنث لوجود البيع ، وإن كان تبرعاً من وجه ، ولهذا نقول أيضاً انه لو حلف أن لاتبرع على فلانٍ بشئ ثم باع منه بالمحاباة يحنث لوجود التبرع من وجه .وعلى الجملة نقول : هو بائع متبرع فحنث في كلا اليمينين وحين وصلنا الى هذا الموضع فقد استمرت الطريقة ، وخرّج عليها ما ذكروا من الأسولة .وعلى هذا لو باع نسيئاً لايجوز ، لأنه مبادلة مال بمال من وجه واسقاط من وجهٍ على ما عرف أن التأخير أخ الإسقاط .

ولهذا لو شهد الشهود بالتأجيل في الدين ثم رجعوا ضمنوا .

وعلى هذا إذا باع بعرضٍ لايجوز ، لأنه أمره ببيعٍ من كل وجه وإذا باع بعرض/ فهو بيع من وجهٍ شراء من وجهٍ، فإن البيع مبادلة **١٣٩/أ** مال بمال ، فإن نظرنا الى هذا العرض فهو بيع ، وان نظرنا إلى العرض الثاني فهو شراء ، فلما اختلف على هذا الوجه لم يجز .

وأما الذي اعتذروا عن فصل الشراء من ذكر التهمة ، فقد يوجد مثله في البيع من مواضعة بإعطاء رشوة أو بيع شئ آخر منه محاباة في مقابلته ، فينبغي ألاّ يجوز أيضاً .

والإعتماد على ما سبق ، والله أعلم .

((كتاب الإقرار))

مسألة :

دين الصحة لايقدم على دين المرض عندنا .[1]

وعندهم : يقدم .[2]

لنا :

ان دين المريض مثل دين الصحة في الوجوب فلا يقدم عليه قياساً على دين الصحة أو ديناً لمريض فانه لما لم يكن لاحدهما مزية على الآخر في الوجوب فَلِمَ يقدم عليه ؟ .

---

(١) مختصر المزني ١٣/٣ (مع الأم) المهذب : ٤٤٠/٢ ، النكت ورقه ٣٠٨/ب ، المنهاج مع المغني : ٢٤٠/٢ ، نهاية المحتاج : ٧٠/٥ .
وقال في المهذب " قُسمَ بينهما على قدر الدينين ... " أهـ .
وهو قول مالك وأحمد ، قال ابن قدامه في المغني : " وبه قال : مالك ، والشافعي ، وأبو ثور ، وظاهر كلام الخرقي انهما سواء وهو اختيار التميمي ... " أهـ ٣٣٢/٧ ، الإشراف للبغدادي : ٣٥/٢ .

(٢) الاسرار : ١٩٤/٢/أ (مراد ملا) مختصر الطحاوي ص ١٨٦ ، مختصر القدوري : ٣٣٠/١ (مع الجوهرة) . المبسوط : ٢٦/١٨ ، رؤوس المسائل ص ٣٤٠ .
قال أبو الخطاب من الحنابلة " لايحاصّ غرماء الصحة ، قال القاضي : وهو قياس المذهب : لنص أحمد في الفلس " انه إذا أقر وعليه دين ببينةٍ يبدأ بالدين الذي بالبينة" وبهذا قال : النخعي ، والثوري ، وأصحاب الرأي " أهـ . المغني : ٣٣٢/٧ .

وانما قلنا " انه مثله في الوجوب " لأن الوجوب يظهر بقوله في ذمته ، وقوله مثل قول الصحيح فيما هو سبب الوجوب فيكون قوله مثل قول الصحيح فيما هو اظهار الوجوب .

وبيان ذلك في المعاملات والمناكحات وأسباب الغرامات أجمع فإن هذه الأشياء يستوي فيها الأصحاء والمرضى ، ولامزية لصحيح فيها على مريض ، وكذلك ذمة المريض مثل ذمة الصحيح ، لأنها محل الوجوب فإذا استوى الصحيح والمريض في أسباب الوجوب فلابد أن يستويا في محل الوجوب .

يبينه : ان الذمة عبارة في اللغة : عن العهد .[1]

وفي الشرع : عبارة عن محل الإلزام والإلتزام .

وعهد المريض مثل عهد الصحيح ، وهو في الإلزام الشرعي والتزامه مثل الصحيح أيضاً ، فتبين بما قلنا ان الدينين استويا في الوجوب والقضاء يتبع الوجوب فإذا استويا في الوجوب استويا في القضاء ولم يجز أن يقدم احدهما على الآخر في القضاء .

وأما حجتهم :

" قالوا : المريض محجور عن الإقرار بالدين لدين الصحة فلا ينفذ في حقه كَمَنْ رهن مالاً أو أجره ثم أقر به لانسان فانه لاينفذ في حق المرتهن والمستأجر ، وانما قلنا ذلك لأن حق الغريم في الصحة يتعلق بماله من حيث الإستيفاء عنه عند موته مستنداً إلى أول زمان المرض فيصير إقرار المريض مصادفاً حقه ، لأنه إذا وجب تعلق بماله كما يتعلق الأول فيصير

---

(١) تحرير الفاظ التنبية ص ٣١٨ .

محجوراً عن الإقرار بحق الأول ، كما لو رهن عين ماله ثم أقرّ به لإنسان ، وهذا لأن الإقرار خبر وهو يحتمل الصدق والكذب ، والكذب لايكون حجة وهو غير مصدق إلا على نفسه ، لأنه لا ولاية له على غيره حتى يصدق عليه ، فبقى إقراره كذباً في حق الأول فلا يصدق عليه إلا ان يصدقه على نفسه كالأصل الذي بينّاه .

ثم الدليل على تعلق حق الغريم بماله عند الموت مستنداً إلى أول مرضه إجماعهم على انه لو وهب شيئاً من ماله في مرضه ثم مات وعليه دين مستغرق بطلت الهبة مع ملك الموهوب له الموهوب حتى لو كانت جارية يحل له وطئها ، ولولا ان حق الغريم تعلق بماله واستند إلى أول مرضه لم يبطل ، لأنه ليس هاهنا حق ثالث حتى يبطل حقه " .[1]

" ألا ترى أن الهبة لو كانت في حال الصحة لم تبطل ، وهذا لأن الموت سبب لوجوب المال لغيره على الترتيب : ـ

الدين ثم الوصية ثم الميراث ، وسبب الموت المرض فإذا وجد الموت ووجب الحق استند الوجوب إلى أول السبب كالزكاة اذا وجبت عند حولان الحول يستند إلى أول ملك النصاب ، ولهذا صح الإخراج ، وكذلك إذا جرح انساناً ومات استند وجوب الكفارة إلى أول الجرح ، ولهذا صح اخراج الكفارة بعد الجرح .

وكذلك على أصلكم الكفارة في اليمين يستند وجوبها إلى اليمين .

والدليل على الإستناد في هذه المواضع ان إخراج الواجب وأداءه لايتصور إلا بعد الوجوب ، فلولا أن الوجوب يستند إلى هذه الأسباب وإلا لم

---

(١) ما بين القوسين نقلاً من الأسرار : ٢/١٩٤/ب (مراد ملا) .

يجز أداء هذه الواجبات عند وجود هذه الأسباب ، وكذلك إذا اشترى جارية على ان البائع بالخيار فولدت أو اكتسبت كسباً ثم أجاز البيع يستند الملك إلى أول البيع حتى يملك الولد والكسب ، كذلك في مسألتنا يكون الحكم مثله في هذه المواضع ".[1]

والحرف : انه إذا استند حق الغرماء إلى أول المرض ثبت حقهم / ١٣٩/ب في ماله ثبوتاً لازماً فيمتنع عليه تصرفه المبطل لحقهم مثل الرهن سواء .

قالوا : ولايجوز أن يقال : ان هبته انما لم تجز نظراً من الشرع له حتى يبقى ماله فيصرفه إلى أول الحقين وهو قضاء الدين ، لأن هذا النظر لو ثبت في حالة المرض لثبت في حالة الصحة . ألا ترى ان في الموضعين هو مأمور من حيث الندب أن يصرف ماله إلى قضاء الدين ويقدمه على التبرعات فلما لم يثبت هذا الحجر نظراً في حال الصحة لايثبت في حال المرض .

ولايلزمنا مثل هذا لأنا انما اثبتنا ما ادعيناه بإسناد الحق إلى سببه والمرض سبب الموت أما قبل المرض لاسبب لموته حتى يستند إليه .

يدل عليه : ان الحجر الذي قلتم لو ثبت لثبت لأمر من أمور الآخرة حتى يلقى الله تعالى فارغ الذمة ، ونحن لانرى الحجر لمثل هذا الحق مثالاً في الشرع ، ونجد الحجر للآدمي مثالاً ، بدليل مسألة الرهن والإجارة ، وهذا لأن الحجر في الشرع انما يكون لحق الغير أو لنقصان في العقل مثل الصبي .

فأما نظراً ليتوفر عليه ثواب الآخرة فلا يعرف له أصل .

---

(١) ما بين القوسين نقلاً من الأسرار : ٢/١٩٤/ب (مراد ملا) .

ألا ترى ان البيع وقت النداء لما كان منهياً عنه لأمر من أمور الآخرة لم يثبت الحجر عنه حتى لو فعله جاز ، وكذلك الإسراف في انفاق المال لما كان منهياً لأمر من أمور الآخرة لم يثبت الحجر عليه فيه حتى لو فعله نفذ " . [1]

يدل عليه : ان الشرع قد نظر له بان جمع له الحرية والعقل والبلوغ ودله على أرشد الأمور وأولاها فإذا ترك النظر لنفسه لايجب ابتداء نظر من قبل الشرع بل يؤخر الى الآخرة .

وأما الحجر لحق الغير ثابت بكل حال لما بينّا انه لا ولاية له على الغير حتى يبطل حقه فبطل تصرفه ولم يبطل حق الغير .

قالوا : ولايلزم على ما قلنا اذا أقر بدين في المرض ثم أقر بدين حيث يستويان لانا ذكرنا ان حق الغريم يثبت عند الموت ثم يستند ، والمريض يصير محجوراً لحق الدين من أول مرضه وان ثبت بعده ، فإنه لو وهب ثم أقر بدين مستغرق أو لحقه الدين بسبب معاين ثم مات بطلت الهبة ، كما لو أقر بدين ثم وهب ، وإذا كان الحجر علة لايترتب بترتيب وجوب الدين بل يستند الجمع إلى أول المرض ثبت الحجر عن الأول بالثاني ، كما ثبت عن الثاني بالأول فاستويا حكماً وصار كأنه أقر بهما جملة ، وهذا لأن الإسناد الى اثناء زمان السبب لايمكن ، وإنما يستند إلى أول السبب وإذا استويا إلى ذلك الزمان استوى الدينان بخلاف مسألتنا ، فإن الحجر عن دين الصحة بدين المرض غير متصور ، والحجر عن دين

---

(١) ما بين القوسين نقلا من الاسرار مع بعض التصرف : ٢/١٩٥/أ (مراد ملا) .

المرض بدين الصحة قد صورّناه بتقدمه ووجوده في أول زمان المرض دون دين المرض .

قالوا : ولهذا نقول لو لزمه دين في مرضه بسبب معاين من استقراض أو شركة أو مهر امرأة أو استهلاك يكون هذا أولى من الثابت بالإقرار ، وان سبق عليه زماناً بعد أن يكون في المرض ، لأن الحجر به يثبت من أول مرضه ويساوي هذا الدين ما ثبت في حال الصحة ، لأن الحجر لايثبت في هذه الأسباب.

(فإن الاستقراض والبيع لايبطل من حق الغريم شيئاً ، لأنه ادخل في ملكه مثل ما أخرجه .

وأما الإستهلاك فلا يتصور فيه الحجر ، لأنه أمر حسي صحته بوجوده .

وأما النكاح فهو من خواص حوائجه ، وحقهم أيضاً يثبت فيما يفضل من حوائجه بدليل حوائج المعيشة وحاجة الكفن . فإن قلتم لو تزوج وهو لايحتاج اليه يقدم المهر الواجب به أيضاً .

نقول لكم : ان النكاح في الموضع لمصالح المعيشة فيعتبر الوضع)[1] . ولايعتبر الأحوال .

وهذه الطريقة قد انتهت إلى هذا الموضع وهو معتمدهم .وربما عبّروا عن هذا وقالوا : حق الغريم انما يتعلق بماله بعد موت المقر لخراب ذمته وسببه المرض فيستند إليه حكم الخراب كما يستند حكم الموت بالجرح الى ابتداء الحرج، طريقة أخرى لهم في هذه المسألة قالوا :

---

(١) ما بين القوسين نقلاً من الأسرار : ٢/١٩٥/أ (مراد ملا) مع بعض التصرف في العبارة .

متهم في خبره فلا يحمل خبره على الصدق .

دليله : اذا شهد لنفسه أو لولده ، وهذا لأنه اذا لم يثبت الخبر للتهمة نفى ايجاباً ابتداءً فصار عبارة عن الهبة فلا يصح مع الدين .

" وانما قلنا " متهم في خبره " لأنه بالمرض صار محجوراً عليه عن الهبة إذا كان عليه دين فأُتهم انه لما لم يملك أن يهب له شيئاً وهذه حالة تتقيد إرادته في حياته لقربه من فوات حياته مال إلى الإخبار لينفذ ، وإذا صار متهماً من هذا الوجه لم ينفذ اقراره إلاّ بدليل يدل على زوال التهمة وهو أن يكون مالكاً للهبة حتى لايكون متهماً بالعدول إليه عن الهبة " .[1]

يدل عليه : ان الإقرار اخبار وانه يحتمل الصدق والكذب ، ولهذا لايكون حجة على غيره إلا في موضع معلوم بشرائط مخصوصة وانما صار الإقرار حجة على المقر مع الإحتمال لملكه ابتداء الهبة **١٤٠/أ** بمثل ما يقرّ به .

وهذا لأن الظاهر من العاقل انه لايكذب فيما يجده بالصدق .

ولهذا المعنى قلنا : ان الوكيل بالبيع يملك الإقرار بالبيع قبل العزل ، لأنه يملك انشاء مثله فزالت التهمة عن خبره . ولايملك بعد العزل ، لأنه لايملك انشاء مثله فصار متهماً فلم يقبل خبره .

قالوا : وليس يلزم على هذه الطريقة إذا أقر بجميع ماله لأجنبي حيث يجوز ، لأنه يجوز أولاً في ثلث ماله ، لأنه يملك هبته ثم إذا صح اقراره في الثلث صار الثابت به كالثابت بالبينة ، ولو ثبت بالبينة ملك

---

(١) ما بين القوسين نقلاً من الأسرار : ١٩٥/٢/ب (مراد ملا) .

هبة ثلث ما تبقى ، لأنه يظهر أن ملكه ذلك القدر ثم يصح الإقرار في ثلث ما تبقى وزالت التهمة لماله الهبة ، وصار بمنزلة الثابت بالبينة وجعل كأن ماله الباقي ، ثم يصح اقراره بالثلث هكذا يدور حتى لايبقى شئ ، فإنما جوزنا بهذا الطريق .

فأما إذا كان عليه دين مستغرق لايملك هبة شئ من ماله بوجهٍ ما ، وكذلك إذا كان غير مستغرق لايملك الهبة بقدر الدين بوجهٍ فلا يملك الاقرار أيضاً إلا بقدر ما يملك فيه الهبة .

الجواب :

أما الطريقة الأولى فدعوى الحجر دعوى باطلة ، ولايصح الحجر عن الإقرار بوجهٍ ما ، بعد أن يكون جائز التصرف ، لما بينا انه إظهار الواجب ، فإذا لم يحجر عن ابتداء سبب الواجب لا يحجر عن إظهار الواجب .

فأما قولهم : " ان حق الغرماء يتعلق بماله عند موته مستنداً الى ابتداء المرض " فالجواب عنه من طريقين :ـ

أحدهما : انا لانسلم تعلق الدين بالمال بوجهٍ ما ، لأنه لو تعلق بالمال في حالة المرض لتعلق في حالة الصحة ، وهذا لأن تعلق الديون بأعيان الأموال لايعقل إلاّ على طريق الوثيقة للاستيفاء ، والوثيقة لاتثبت إلاّ بعقد وثيقة من قبل المالك مثل ما يرهن ماله من صاحب الدين وحكمه معلوم في الشرع ، فأما ثبوت الوثيقة بمجرد وجوب الدين من غير عقد فلا يعرف ، وأيضاً لو صار الوثيقة لمنع من التصرف في أمواله كما يمنع الراهن من التصرف في الرهن .

وان قلتم : ليس التعلق تعلق وثيقة لكنه تعلق استيفاء فاثبتوا في حالة

الصحة ، لأن إستيفاء الديون بالأعيان بكل حالٍ فلا معنى لتخصيص التعلق بحال دون حال .

وعلى هذا نقول : ان حق الغرماء لايتعلق بأمواله بعد الموت أيضاً ، بل هي باقية في ذمة الميت على ما كان .

ونقول ان ذمة الميت مثل ذمة الحي حكماً وذمة المريض مثل ذمة الصحيح حقيقة وحكماً .

وقولهم : " **ان ذمته تخرب بموته** " .

لانسلم ذلك ، وخراب الذمة لايعرف ، ولا الإشراف على الخراب ، وقد دللنا على ذلك في مسألة الكفالة عن الميت المفلس ، وإن قلنا تتعلق الديون بالتركة بعد الموت فالإسناد لا وجه له ، لأنهم سلموا ان التعلق يكون بعد الموت ثم يستند ، والثابت في زمان لايستند الى زمان قبله إلاّ بضرورة مثل ما يستند الملك الى حالة الحياة اذا نصب رجل شبكة ثم مات ثم تعقل بها صيد ، ويستند الضمان الى حال الحياة ، واذا حفر رجل بئراً ثم مات ثم وقع فيها انسان فهلك ، لأن هاهنا ضرورة ، فأما في مسألتنا لاضرورة في الإسناد ، فلأيّ معنى يستند ؟ .

وقولهم : " **ان المرض سبب الموت** " .

قلنا : بان كان المرض سبب الموت لم يستند وهذا لأن تراخي الحكم عن السبب جائز ، بل الفرق بين العلة والسبب هذا : وهو ان المعلول لايتراخي عن العلة ، والمسبب يتراخى عن السبب واذا جاز التراخي فلم يثبت الإسناد .

وأما المسائل فلا نقول في شئ من تلك المسائل ان الحكم يستند إلى وقت السبب وأما جواز الإخراج كان بمجرد وجود السبب .

وقولهم " **كيف يجوز الأداء بلا وجوب** " .

قلنا : قد يجوز الأداء بلا وجوب بالإجماع ، فإن عندهم إنما يستند الوجوب الى هذه الأسباب بعد وجود الموت وحوول الحول ، وقد جاز الأداء من قبل ولم يقترن به وجوب ، فإذا جاز على أصلهم أن يؤدي الواجب وان لم يكن وجوب في الحال وانما الوجوب والإسناد من بعد جاز عندنا أيضاً أن يؤدي لأجل وجود السبب ، وإن كان الوجوب بتراخي من غير اسناد .

ومسألة البيع بشرط الخيار على أصلهم فإن الأصح على المذهب ان الخيار لايمنع ملك المشترى كيف ما يضرب الخيار .

وأما تعلقهم " بالتبرع " .

قلنا : انما منع من التبرع نظراً من الشرع ليبقى ماله فيصرفه إلى أولى الوجهين وأنفعهما له ، فإذا جاز ثبوت النظر بحق الغير جاز أيضاً في حقه وإلى هذا اشارة ص حين قال لسعد : (انك ان تدع ورثتك أغنياء خير من / أن تدعهم عالة يتكففون الناس) .[1] **١٤٠/ب**

وإنما أراد عليه الصلاة والسلام بمنعه من التبرع بقاء ماله له ليكون مصروفاً إلى أولى الوجهين وأنفعهما له وهو نفع أقاربه وورثته ، كذلك هاهنا .

يبينه : إن في مال الصحة هو مندوب بترك التبرع وإيثار قضاء الدين غير انه لم يمنع من التبرع ، لأنه لم يشرف على فوت قضاء الدين لجواز

---

(١) رواه البخاري في صحيحه : ٣٦٣/٥ مع الفتح ، باب أن يترك ورثته أغنياء خير من أن يتكففوا الناس .

أن يكتسب فيجمع بين قضاء الدين والتبرع فإذا مرض فيخاف فوات قضاء الدين ، لأنه عاجز عن التكسب بمرضه مشرف على الهلاك فيتعذر الجمع بين قضاء الدين والتبرع فجاء الشرع بمنعه من التبرع ليكون ماله مصروفاً الى أولى الوجهين .

وأما قولهم : " ان الشرع قد نظر له باعطائه الحرية والبلوغ والعقل " .

قلنا : مع هذا لاينسد باب النظر من الشرع ، لأن الآدمي غير مستغنٍ بنظر الأول عن نظره الثاني والثالث .

وقولهم : " **ليس الحجر لحقه مثال له** " .

قلنا : الحكم للدليل لا للمثال ، وعلى أن مثاله موجود في الصبي بالإجماع ، والسفيه على أصلنا هذا جواب .

الجواب الثاني : أنا إن سلمنا أن المرض يوجب الحجر بالطريق الذي قالوه ، لكنه في التبرع على الخصوص ، وأما في الإقرار فلا ، لأن الواجب بالإقرار دين معاملة ، فانا انما نقبل اقراره حملاً لإقراره على انه أخبر بدين واجب عليه من قبل بسبب معاملةٍ أو إتلافٍ أو نكاحٍ ، وما أشبهها ولولا الحمل على هذا الوجه لم نقبل اقراره ، لأن التبرع بالإقرار باطل .

ألا ترى أن المقر له اذا علم انه لاحق له قبل المقر لايجوّز له ان يأخذ شيئاً ، وإذا ثبت انه لاحجر في المعاملة فلا حجر في دين المعاملة .

فإن قالوا : فَلِمَ حجر عن التبرع في المرض " ؟ .

قلنا : لايلزمنا بيان المعنى ، انما عليك دليل ثبوت الحجر في الإقرار وبيان المشابهة بين التبرع والإقرار معنىً حتى اذا حجر عن أحدهما حجر عن الآخر ، ولا مشابهة ، وهذا جواب وجيز معتمد .

وأما التعلق بدين المرض ، فصحيح ، والذي قالوا : ان ما يثبت في المرض لايترتب بعضه على بعض ، فهو باطل على أصولهم ، بما لو أقر بوديعةٍ ثم بدين تقدم الوديعة على الدين عندهم ، ولو أقر بدين ثم بوديعة يستويان .

وكذلك قالوا : إذا حابا في مرض موته ثم اعتق تقدم المحاباة واذا اعتق ثم حابا يستويان .

فإن قيل : قد بينا ان حق الغريم يثبت عند الموت ثم يستند إلى أول المرض فيما هو مال المريض ، ولما أقر بالوديعة من قبل ولا دين صدّق في إقراره ، ويتبين ان الوديعة لم تكن ماله فلم يثبت فيه حق الغريم ، كما لو استحق عليه ببينة ، بخلاف ما لو أقر بدين ثم بدين لأن المال ماله بعد الإقرار فأستند حق الثاني كما استند حق الأول فاستويا بخلاف ما اذا أقر بالدين أولاً ثم أقر بالوديعة ، لأنه أقر بالوديعة وهناك غريم وحق ثابت ، وهو بغرض أن يثبت في ماله ويستند إلى حال الإقرار بالوديعة فوقف صحة الإقرار على الخلو عن ذلك الحق .

وأما إذا أقر بالوديعة ولا دين فيصح الإقرار بالوديعة غير موقوف لعدم سبب الوقف ، فإذا أقر بدين وأراد أن يبطله لم يصح في حق الوديعة .

والجواب : ان هذا ليس بشئ ، لأنهم اذا سلموا انه لاحق له في المال حال الإقرار بالوديعة فوجب أن يصح الإقرار بها ، ولايقف الإقرار على شئ ، وإذا صح الإقرار بالإقرار يظهر ملكه وراء ذلك وأشبه الإقرار بالوديعة قبل الدين ، ولايصح قولهم " ان الإقرار بالوديعة موقوف " ، لأن في الحال لاحَقَ ، وقد أقر وهو من أهل الإقرار فلا معنى للوقف لشئ يظهر من بعد .

والمراد من هذا الإلزام إبطال عذرهم عن ديني المرض .

وهو في غاية الإشكال عليهم ، لأنه كان ينبغي أن يعتبر الترتيب كما في مسألة الوديعة .

ويقولوا : يستند إلى زمان الإقرار فيصير الإقرار الأول أولى لتقدمه في الزمان وأيضاً قد أقر بالدين الأول وهو مالك للتبرع ، وبالثاني وهو غير مالك للتبرع " .

فإن اعتبروا التبرع بعد إقراره وَجَبَ أن يقدموا الدين الأول وحين لم يقدموا دل ان عدم التقديم كان لما قلنا .

وأما طريقتهم الثانية وقولهم " انه متهم في إقراره " .

قلنا : لاتهمة ، بل المرض يزيل التهمة ، فكيف يوجب التهمة ؟ وهذا لأن المرض حال إنابة وتوبةٍ لقربه من القدوم على الله وخوفه من الآثام والمطالبات ، والدليل على هذا الأصل قول أبي بكر الصديق حين استخلف عمر بن الخطاب رضي الله عنهما " هذا ما عهد أبو بكر بن أبي قحافة عند آخر عهده بالدنيا مرتحلاً منها ، وأول عهده من الآخرة منتقلاً إليها حين يصدق الكاذب ويؤمن الفاجر " .[1]

وإذا ثبت ان المرض حال توبة وإنابة ، والإقرار توبة وإنابة ، لأنه إخبار عن واجب وترك لكتمان حق ، والتوبة في حال / التوبة أولى **١٤١/أ** بالقبول .

---

(١) ذكر ابن سعد في طبقاته : ١٩٩/٣ ، ٢٠٠ .
وابن شبه في تاريخه : ٦٦٨/٢ .
والطبري في تاريخه : ٤٢٨/٣ ، ٤٢٩ .

يبينه : ان في حال الصحة دليل الصدق ، لأنه ليس دليل الصدق إلا إيمانه وعقله .

وأما في حال المرض يوجد دليل آخر ، وهو دليل الحال ، لأن حالته تحمله على الصدق أيضاً فتكون أولى بالقبول .

فإن قيل : هذا الذي قلتم لمن يؤثر دينه على هواه وقد عزّ هذا أو قلّ في الناس، وأما مَنْ يؤثر هواه على دينه فإنما يبادر في المرض إلى تقديم مراداته في حال الصحة التي كان يؤخرها اشفاقاً على ماله وطمعاً في الحياة فحين وقع وقيذاً على فراش المرض وغلب يائسه على رجائه يبادر الى تنفيذ مراداته ، وما كان بهواه فيصير متهماً .

والجواب :

ان هذا كله إساءة الظن بالمسلم وانما ينبغي أن يظن به انه يريد بالإقرار الخروج عن الواجب عليه ، وأما إذا شهد الإنسان لأبيه أو لإبنه لانقول

انه ترد شهادته لأجل التهمة ، انما ترد لأنه يصير من وجهٍ بمنزلة الشاهد لنفسه .

ونقول أيضاً : ان الواجب بالإقرار دين معاملة ، وانما يقبل إقراره حملاً على أنه كان وجد منه بسبب من المعاملات فأظهره ، ولهذا المعنى قبل إقراره للأجنبي في جميع ماله وان كان لايملك التبرع بها وصح الإقرار أيضاً ممن لايصح منه التبرع كالمكاتب والعبد المأذون [1] ، وإذا كان قبول إقراره حملاً لأمره على هذا زالت التهمة فيه ، ولم يكن بد من قبوله ، كما لو قامت البينة أو عاينا سبباً من أسباب المعاملات .

---

(١) المهذب : ٤٣٩/٢ .

وقولهم : " ان ملك الهبة دليل خروج التهمة عن الإقرار " .

قلنا : هذا لايصح ، لأنه لاتهمة في ديون المعاملات ، كما لاتهمة في نفس المعاملات ، وعلى انه يبطل باقراره بجميع ماله لأجنبي فإنه يجوز ، وان كان لايملك التبرع بجميع ماله ، والعذر الذي قالوه في غاية الضعف ، لأنه لو تبرع بثلث ماله على انسان ثم أمر بثلث ماله فإنه يجوز .

والتقدير الذي قالوه في هذه الصورة باطل ، لأنه قد تبرع بثلث ماله ثم أقر بالباقي .

وأيضاً فإن عندهم المكاتب اذا أقر في حال الصحة ثم أقر في حال المرض نقدم دين الصحة على دين المرض وان كان لايملك التبرع

وكذلك لو أقر بجميع ماله لإنسان يجوز وإن كان لايملك التبرع بجميع ماله فبطل التعلق بالتبرع ، وجعله دليلاً على زوال التهمة ، بقي ان الإقرار إنما قبل لما بينا ان الواجب دين معاملة فإذا ملك المعاملة ملك إظهار الواجب بالمعاملة ، ولم نعتبر التهمة ولا الحجر ، لأن ديون المعاملات لاتهمة في الإقرار بها ، وإلاقرار بها مطلق لايحجر عنها كأعيانها . والله أعلم بالصواب .





(مسألة)

إقرار المريض لوارثه صحيح في أصح قولي الشافعي [(١)] ، وفي القول [(٢)] الآخر يجوز [(٣)] ، وهو قولهم . [(٤)]

لنـا :

انه خروج عن واجب فجاز مع الوارث .

دليله : إيفاء دين ظهر وجوبه بالبينة .

يبينه : إن الخروج عن الحق قولاً بالإظهار كالخروج عن الحق فعلاً بالإيفاء ، فإذا جاز أحدهما وإن كان الذي يوفى حقه هو الوارث جـاز

---

(١) مختصر المزني : ١٤/٣ (مع الأم) ، المهذب : ٤٤٠/٢ وقال في المهذب (وهو الصحيح) . النكت ورقه ٣٠٨/أ ، روضة الطالبين : ٣٥٣/٤ .

وقال الامام مالك : "يصح إقراره إذا كان لايتهم به ولايثبت إذا كان يتهم به " . الاشراف للبغدادي : ٣٥/٢ ، ٣٦ .

(٢) في المخطوط (قول) والتصويب من المحقق .

(٣) المهذب : ٤٤٠/٢ ، النكت ورقه ٣٠٨/أ ، روضة الطالبين : ٣٥٣/٤ .

(٤) الأسرار : ١٩٦/٢/أ (مراد ملا) مختصر القدوري : ٣٣١/١ (مع الجوهرة) . المبسوط : ٢٤/١٨ .

وهو قول الحنابلة ، قال ابن قدامه في المغني : " وبهذا قال شريح وأبو هاشم وابن أذنية والنخعي ويحى الأنصاري وأبو حنيفة وأصحابه ..... " ٣٣٢/٧ .

الآخر وان كان الذي يظهر حقه هو الوارث ولأنا بينا ان المرض لا عمل له في الإقرار فصار الإقرار له في المرض مثل إقراره له في حال الصحة .

وأما حجتهم :

تعلقوا بالطريقتين اللتين ذكروا في المسألة الأولى : ـ

أولها : ان حق الورثة تعلق بأعيان التركة في مرض موته على الوجه الذي ذكروا في المسألة الأولى .

وحرفهم : ان حق الورثة في حق ما بينهم ثابت في جميع المال كحق الغريم في حق الأجانب .

ألا ترى انه لايملك هبة شئ للوارث كما لايملك الهبة للأجنبي وعليه دين مستغرق .

وإذا ثبت ان حق الورثة تعلق بجميع المال لم يصح إقرار المريض لبعضهم بشئ ، لأنه يتضمن ابطال حق باقي الورثة .

والطريقة الثانية : قالوا : الشرع حجر على المريض إيثار بعض الورثة وهذا الإيثار موجود في العادات فإذا أقر صار متهماً في انه مال إلى الإقرار للحقوق الحجر إياه عن الإيثار والحال داعية إليه ، وإذا صار متهماً بالإقرار، فإقرار المتهم لايقبل على ما بينا من قبل .

ولايلزم إذا أقر بوارث ، لأن استحقاق الوارث المال بالنسب والموت جميعاً فيضاف الإستحقاق إلى آخرهما ثبوتاً ، فأضيف الى الموت إذا كان النسب ثابتاً من قبل ، وإذا أضيف إلى الموت يبقى النسب الذي أقر به الوارث غير مبطل لحق الورثة وإنما بطل حكماً ، وكذلك الإقرار لما كان بالنسب لا بالمال انتفت التهمة ، لأنه لو كان تهمة كان في المال .

الجواب :

أنا أجبنا عن الطريقتين في المسألة المتقدمة ، ونقول على فصل التهمة .

قد توجد التهمة في حق غير الوارث كما اذا أقر لابن / بنته **١٤١/ب** ووارثه ابن عم ومع ذلك يصح إقراره وقد تنتفي التهمة في وارثه بأن يقر لابن عم [(١)] الكاشح وهو وارثه ومع ذلك عندكم لايقبل أيضاً .

وأما التعلق بالتبرع وقياس الإقرار عليه قياس باطل على ما سبق في المسألة الأولى .

يبينه : ان ابتداء التمليك يليق به الحجر بحق ذي حقٍ ، فأما الإخبار بواجب عليه لايليق به الحجر بحال .

وقد قال الأصحاب : ان التبرع على الوارث انما لم يجز ، لأنه يؤدي بين الناسخ والمنسوخ ، لأن الله تعالى قد كان أوجب الوصية للأقربين ثم نسخ بالميراث ، وأيضاً فيه زيادة على وظيفة الشرع ، لأن الله تعالى سمى وظائف الأقارب وسهامهم ، والوصية أخت الميراث على ما عرف في أصل الشرع فإذا جوّزنا الوصية للوارث تؤدي إلى الزيادة على وظيفة الله تعالى الموظفة للأقارب وسهامهم المسماة فيكون تغيير الشرع من وجهٍ فلم يجز ، ومثل هذا لايوجد في الإقرار ، لأنه ليس إيجاب حق مبتدأٍ بل هو اخبار عن واجب . والله أعلم .

---

(١) كذا في المخطوطة ولعله (عمه) .



((مسألة))

إذا مات الرجل وخلّف ابنين فادعى رجل ديناً على الميت فصدقه احدهما وكذبه الآخر ، فإنه يقضى من نصيب المقر ما يخصه [1] على أحد قولي الشافعي . [2]

وعندهم : يقضي من نصيبه جميع الدّين ، فإن فضل شئ يكون له [3] ، وهو القول الثاني [4] ، والمسألة عُدّت من المشكلات .

لنــا :

ان بتصديق احدهما لايثبت إلا نصف الدّين فلا يجب عليه قضاء مايرتد عليه ، كما لو كان صدقه في النصف وكذبه في النصف ، وانما قلنا انه لم يثبت بتصديقه إلا نصف الدّين ، لأن الرجل لايدعى عليه حقاً وإنما يدعى على الميت ، وَمَنْ يدعى على انسان فصدقه غيره لم يثبت شئ ولم

---

(١) أي لايلزمه من الدين إلا بقدر حصته من التركة ، فإن كانوا إثنين لزمه النصف وإن كانوا ثلاثة لزمه الثلث .

(٢) المهذب : ٤٥٣/٢ ، النكت ورقه ٣٠٨/أ ، وهو القول الجديد ، وقال الشيرازي في المهذب وهو الصحيح ، روضة الطالبين : ٤١١/٤ ، وبهذا القول قال الحنابلة قال ابن قدامة : " وبهذا قال النخعي والحسن والحكم وإسحاق وأبو عبيد ، وأبو ثور والشافعي في أحد قوليه .... " أهـ . المغني : ٣٢٨/٧ .

(٣) الأسرار : ١٩٧/٢/أ (مراد ملا) المبسوط : ٤٨/١٨ ، رؤوس المسائل ص ٣٤١ .

(٤) المهذب : ٤٥٣/٢ ، النكت ورقه ٣٠٨/أ .

يلتفت إلى تصديقه .

وإنما قبلنا تصديق الوارث في مسألتنا ، لأنه خليفة الميت فقام تصديقه مقام تصديق الميت والخلافة بالوراثة فَمَنْ له الوراثة على الكمال فله الخلافة على الكمال وَمَنْ لا وراثة له على الكمال فلا خلافة له على الكمال .

وإذا ثبت هذا ففي مسألتنا نقول : ـ

ولاية الخلافة على الكمال لكلا الوارثين ، فأما احدهما فله بعض الخلافة فقيل تصديقه بقدر ماله من ولاية الخلافة وذلك في النصف وبطل تصديقه في الباقي ، لأن ولاية الخلافة فيه لم توجد .

فإن قالوا : كل واحد منهما خليفة المورث على الكمال ، وهذا لأن سبب الخلافة كامل لكل واحد منهما فكملت ولاية الخلافة له ونزّل تصديقه منزلة تصديق الميت وصار قوله مقبولاً في جميع الدَّين فيما يرجع إليه .

الجواب :

ان دعوى ثبوت الخلافة له على الكمال وهناك مزاحم في الخلافة لاسبيل إليه ولا وجه له .

وقولهم : " **ان السبب كامل** " .

قلنا : وسبب صاحبه كامل ، فإن كان النظر إلى سببه يوجب ثبوت الخلافة له فالنظر إلى سبب صاحبه يوجب ثبوت الخلافة لصاحبه فثبت الخلافه له من وجه دون وجه أو يقال ثبت لكل واحد منهما بعض الخلافة وهذا متصور ، لأن سبب الخلافة استحقاق المال وثبوت الخلافة تظهر في المال وهو يقبل التجزئية والتبعيض . وخرّج على هذا ولاية النكاح ، لأنه لايقبل التجزئية والتبعيض ، وعلى انا قد ذكرنا في كتاب

النكاح ان كل واحد من الوليين ولي من وجه لا من وجه لكن مع هذا جاز تزويج كل واحد منهما المرأة من كفؤ لمعنى ذكرناه ، ثم هذا هو المعتمد وهو غاية الإمكان .

وقد قال بعض أصحابنا : [١]

انه قد اجتمع في هذا الدَّين تصديق معتبر وتكذيب معتبر فيثبت البعض دون البعض .

وليس هذا بشئ ، لأن تكذيب صاحبه معتبر في حق نفسه لا في حق المصدق ، وأما في حق المقر وجد تصديق بلا تكذيب ويستدل بعض أصحابنا بمسألة وهي : ان أحد الوارثين لو شهد مع أجنبي للمدعى بالدَّين المدَعَى يقبل ، ولو كان إقراره يوجب جميع الدين عليه لم يقبل ، لأنه يصير باخراجه كلامه مخرج الشهادة من يجر إلى نفسه غُنماً أو يدفع غُرماً .

وهذا الإستدلال ضعيف أيضاً ، لأنهم يقولون صورة التسليم : اذا شهد ابتداءً لا انه يقر ثم يشهد ، وإذا شهد ابتداءً فليس يدفع عن نفسه غرماً لأن الغرم انما يجب عليه إذا أقر ولم يشهد وهاهنا شهد ولم يقر فلا يجوز إثبات دفع الغرم عليه بتقدير إقرار منه لم يأت به . ، وهذا كما لو شهد أربعة على رجل بالزنا تقبل شهادتهم ويثبت الزنا على المشهود عليه ، ولايقال : انهم بشهادتهم قد دفعوا عقوبة عن أنفسهم لأنهم لو قذفوا بدل الشهادة وجب الحد عليهم ، وإذا اخرجوا الكلام مخرج الشهادة فقد دفعوا العقوبة عن أنفسهم على تقدير ان لو قذفوا ولم

---

(١) قاله الشيرازي في نكته : ورقة ٣٠٨/أ .

يشهدوا ، ولكن قيل هذا تقدير باطل والقوم لم [1] توجد منهم إلا الشهادة ، كذلك في مسألتنا تقدير / الإقرار تقدير باطل ، **١٤١/أ** والرجل ماوجد منه إلا الشهادة . وليس للأصحاب عذر عن هذه المسألة يتضح فتركتُ حكايته واعتمدتُ على ما سبق .

وأما حجتهم :

قالوا : اعترف بجميع الدَّين ، والدَّين مقدم على الإرث بإجماع الامة فقد زعم باقراره انه لاحق له فيما في يده إلاَّ بعد وصول صاحب الدَّين الى حقه فوجب ان يعامل بما في زعمه .

وربما يقولون أقر ان ما في يده حق الغريم بدينه فيقبل إقراره على نفسه ، وهذا لأن الدّين يتعلق بجميع التركة ، وبكل جزء من أجزاء التركة .

ومعنى قولنا : " يتعلق بكل جزء من أجزاء التركة " انه يجعل كل جزء من أجزاء التركة كأنه جميع التركة في حق الدَّين حتى انه لو وجد بعض التركة دون البعض يقضي دينه من الموجود ولايبالي بالمفقود ، وذلك مثل أن تغيب بعض التركة ويحضر البعض أو يهلك بعض التركة ويبقى البعض .

قالوا : وليس كالوصية بالثلث اذا دعاها انسان واعترف بها أحد الوارثين ، لأن الوصية لاتتعلق بكل جزء من أجزاء التركة حتى اذا وجد بعض التركة يأخذ منه بقدر ما يصيبه من الثلث ، وأيضاً فإنها غير مقدمة على الإرث بل الموصي له شريك الوارث ولايصل الى الموصى له شئ إلا بعد أن يصل ثلثاه إلى الوارث هذا عذرهم في الوصية بالثلث

---

(١) في المخطوط (لو) والتصويب من المحقق لأن الكلام لايستقيم .

ومنعوا الوصية بالألف المرسلة قالوا : ويلزم المقر أن يعطيه جميع الألف ، وَمَنْ سلم اعتذر وقال : الوصية بالألف المرسلة لاتتعلق أيضاً بكل جزء من أجزاء التركة بدليل انه لو هلكت التركة إلا ألف درهم لايأخذها الموصى له بخلاف الدَّين ، وأيضاً فإن الوصية وإن كانت بالألف لاتقدم على حق الوارث بل يكون الموصَى له شريكاً بهذا القدر .

الجواب :

إن هذا الكلام الذي ذكروه كله بناءً على وجوب الدَّين ، وما ذكر من حكم الدَّين وقضيته هو دين واجب على مَنْ عليه . ونحن لانعلم ان هذا الدين واجب على الميت أولا ، فإنه لم يوجد منه اعتراف ولا قامت عليه بينة به ، وقول الوارث عليه غير مقبول ، لأنه إذا لم يشهد يكون دعوى ، وانما قلنا قوله في حق نفسه بقدر ماله من الخلافة والثابت له نصف الخلافة فثبت عليه نصف الدّين المقربه .

فإن قالوا : خلافته كاملة في نصيبه من التركة وإنما قلنا إقراره في نصيبه فصار في نصيبه بمنزلة الوارث الواحد في جميع التركة إذا لم يكن له شريك " .

قلنا : تصديقه انما يلاقي الميت لايلاقي نفسه ، لأنه يقول عليه كذا ، والاعراض عن جانب الميت لاسبيل اليه ، لأنه هو الأصل ، فلابد أن ينظر أولاً إلى طريق قبول إقراره على الميت ولاطريق له إلا ما ذكرناه . وقد بينا ان ذلك الطريق يوجب ثبوت نصف الدّين لاجميعه فصار الحرف : ان عدم وصول المقر له إلى جميع دينه لم يكن لمعنى يرجع إلى نفس الدين فإن حكم ما قالوه بلا خلاف ، وإنما كان لقصور الحجة وعدم كمالها ، وهذا أقصى الإمكان وتمشيته اذا ضم إليه الجدال ممكن .

وقولهم : " **ان في زعمه كذا** " .

لايعتبر زعمه انما يعتبر جانب الشرع ، وعلى انهم قالوا : ان رجلاً لو مات وخلف ابنين فأقر أحدهما بأخ ثالث يعطيه ثلث ما في يده ، ولو اعتبر زعمه لاعطاه نصف ما في يده ، لأن في زعمه انه مساوٍ له في الاستحقاق ، وانه أخوه وابن أبيه ، وانه لايجوز أن يصل إليه شئ من التركة إلاّ ويصل إليه مثله ، والاعتماد على ما سبق ، والله تعالى أعلم بالصواب .

((مسألة))

إقرار مَنْ يحوز كل الميراث بنسب ولدٍ على أبيه مقبول ، وتبتني عليه المشاركة في الإرث ، وإن كان لايحوز كل الميراث لايقبل ولايثبت نسب ولا إرث ، ولاينظر عندنا إلى عدد الواحد والإثنين ، وانما ينظر إلى ما قلنا .[1]

وعندهم : إقرار الواحد بالنسب غير مقبول وان كان يحوز كل الميراث فإذا أقر اثنان ثبت النسب وإن لم يحوزا كل الميراث ، والدليل على ما قلنا في اقرار الواحد بالنسب إذا كان يحوز كل الميراث حديث سعد بن ابي وقاص وعبد بن زمعة حيث اختصما في ولد وليده زمعة ، وقد قال عبد بن زمعة : هو ولد أبي ولد على فراش أبي ، فقال النبي ص : هو لك ياعبد، الولد للفراش للعاهر الحجر .... "[2] وهو نص فيما ادّعيناه .

فإن قالوا : ان عبد بن زمعة لم يكن يحوز كل الميراث لأن سودة بنت زمعة زوجة النبي ﷺ ، وكانت أخت عبد بن زمعة ولم يرو أنها

---

(١) مختصر المزني : ٢٨/٢ (مع الأم) ، المهذب : ٤٤٩/٢ ، النكت ورقه ٣٠٨/ب .

مختصر القدوري : ٣٣٣/١ (مع الجوهرة) ، بدائع الصنائع : ٤٦٠٨/١٠ ، تنوير الأبصار : ١٨٧/٨ (مع حاشية قرة عيون الأخيار) المبسوط : ١٨٦/٢٨ .

(٢) رواه البخاري في صحيحه : ١٢٧/١٢ مع الفتح ، باب للعاهر الحجر .

ومسلم في صحيحه : ٣٧/١٠ مع النووي ، باب الولد للفراش .

وأبو داود في سننه : ٧٠٣/٢ ـ ٧٠٥ مع المعالم ، باب الولد للفراش .

اعترفت بالنسب .

قلنا : هذا غلط عظيم ، لأن العبرة عندنا باقرار مَنْ يحوز كل الميراث وقد كان الوارث لزمعة / عبد بن زمعة دون سودة ، **١٤٢/ب** فإنهاكانت مسلمة ، وزمعة مات على الكفر ولا ترث المسلمة من الكافر بحال ، وأما عبد بن زمعة فقد كان كافراً حين مات زمعة وهو الوارث .

فإن قالوا : إنما قضى بالملك لا بالنسب ، لأنه ﷺ قد قال لسودة : احتجبي منه ياسودة " .[1]

قلنا : كيف يقضي بالملك وهو ادعى النسب ، وانما يجوز أن يقضي بما وقعت عليه الدعوى .

وأما قوله لسودة فإنما لما رأى من الشبه للولد بآل عتبة بن أبي وقاص فاحتاط بالأمر بالاحتجاب هكذا نقل .

(=) والترمذي في سننه : ١٠٢/٥ ، ١٠٣ ، مع العارضة ، باب ما جاء أن الولد للفراش .
والنسائي في سننه : ١٤٨/٦ ، ١٤٩ ، باب إلحاق الولد بالفراش .
وابن ماجة في سننه : ٦٤٦/١ ، ٦٤٧ ، باب الولد للفراش وللعاهر الحجر .
والدارمي في سننه : ١٥٢/٢ ، باب الولد للفراش .
والامام مالك في الموطأ : ٤/٦ ـ ٥ مع المنتقى ، باب القضاء بإلحاق الولد بأبيه .
والإمام أحمد في المسند : ٣٧/٦ ، ١٣٩ ، ٢٠٠ ، ٢٢٦ ، ٢٣٧ .

(١) انظر : المراجع السابقة في ص ٥٥ .

ونقول في الوارث الواحد إذا لم يكن معه غيره إقرار بالنسب صدر ممن يحوز كل الميراث فثبت النسب كما لو كان المقر اثنان ولا ثالث معهما .[1]

ونقول في الإثنين إذا كان معهما ثالث اقرار صدر ممن لايحوز كل الميراث فصار كما لو كان واحداً .

وفقه المسألة :

ان الموجود إقرار على الغير فينبغي الا يقبل إلا انه قبل من الابن بولاية الخلافة فلا يثبت إلا عند كمال الولاية فإذا كان يحوز كل الميراث ثبت ولاية الخلافة على الكمال فثبت النسب على طريق إقامة إقراره مقام إقرار الميت وأما المشاركة في الميراث فبناء على النسب فإذا لم يثبت النسب لم تثبت المشاركة في الميراث .

فإن قالوا : " قد ثبت حق النسب في حق المقر " .

قلنا : ثبوته في حقه بناءً على ثبوته في حق الميت ، فإذا لم يثبت في حق الميت لايثبت في حقه ، ولأنه لو كان لما قلتم وجب أن يفتي المقر فتوى فيقال له : ان عرفت انه أخوك فأشركه في الميراث ، فأما أن يقضي به القاضي فلا .

وعندكم : يقضي به القاضي .

وأما حجتهم :

قالوا : شهادة على الميت فلا يثبت حكمه بالواحد .

دليله : سائر الشهادات .

وإنما قلنا : " شهادة " لأن الأخوة حكم انخلاقها من ماء رجل واحد والحكم لايثبت مقصوداً بدون العلة ، بل يثبت فرعاً للعلة ، فصار

---

(١) انظر : المغني : ٣١٦/٧ .

الثابت بكلامه انه ابن أبي وهو شهادة على الأب .

ويدل عليه : انه شهادة على الأب انه حين يثبت النسب ينسب إلى الأب بعد الموت كما ينسب في حال الحياة . وإذا ثبت انه شهادة لم يثبت بالواحد ويثبت بالأثنين .

قالوا : وأما المشاركة في الميراث وان لم يثبت النسب فإنما كان لأنه أقر بشيئين بالنسب وبالشركة في المال ، وهذا أمر يلزمه على الخصوص فكان إقراراً في حقه فقبل قوله على نفسه في المشاركة في المال وان لم يقبل في النسب .

قالوا : ولايجوز أن يقال انه لو كان شهادة لأعتبر لفظ الشهادة ، وذلك لأن هذا اللفظ إقرار محض في حق الحكم شهادة في حق العلة .

وانما قلنا إقرار في حق الحكم وهو المشاركة في المال شهادة في حق العلة على ما مرّ فقرن بينهما ، فقيل لايثبت إلاّ بعدد أثنين إعتباراً بالشهادات ، ويثبت بلفظ الخبر اعتباراً بالإقرار ، وصار كاللعان لما أشبهت الأيمان قرنت بكلمة الله تعالى التي هي حرف القسم ولما أشبهت الشهادات قرنت بلفظ أشهد .

قالوا : ولايجوز أن يقال على قولنا : " انه تثبت المشاركة في المال ولايثبت النسب " .

فاثبتوا هاهنا الأخوة في حقه وان لم تثبت البنوة في حق أبيه .

قالوا : هذا لايصح ، لأن الأخوة لايتصور ثبوتها دون البنوة من أبيه فيقتضي ثبوت الأخوة ثبوت البنوة .

وأما الشركة في المال فتثبت بوجوهٍ شتى غير الأخوة فلا يقتضي ثبوت الشركة في المال ثبوت النسب وثبوت الأخوة والبنوة من الأب ، وهذا

لأنه لما احتمل الفصل ثبت ما هو إقرار دون ما هو شهادة ولما لم يحتمل في الباب الأول انفصال الأخوة عن البنوة ، لأنه لم يثبت واحد منهما .

وقد استدل كثير من مشايخهم في مسألة المشاركة بمسائل حكمية قالوا : يجوز أن يقر بسبب يبتنى عليه حكم ثم يحكم بثبوت الحكم وإن لم يثبت النسب ، ألا ترى انه إذا أقر انه باع هذا الشقص من فلان وانكر المشتري ثبت للشفيع حق الشفعة وان لم يثبت البيع ، وكذلك لو ادعى على إنسان مالاً فانكر المدعى عليه وكفل رجل بالمال صحت الكفالة وان لم يثبت المال على الأصيل .

قالوا : أيضاً لو قال أحد الوارثين هذه بنت أبينا لايجوز ان يتزوج بها فقد ثبت حرمة النسب من غير ثبوت النسب ، وهذه المسائل لها أخوات أوقعها هذه المسائل الثلاث فاقتصرنا عليها .

الجواب :

أما قولهم " **شهادة** " .

ليس كذلك ، فإن الشهادة أمر شرعي لايعرف إلا بشرائط لها / **١٤٣/أ** مخصوصة وبجهة تقام عليها مخصوصة فالجهة جهة الدعوى ، والشرائط لفظ الشهادة ، والحرية ، والعدالة والعدد ، ونقول لاتتصور شهادة إلاّ بلفظ الشهادة .

وعندهم : إنما يجب مراعاة العدد خاصة .

فأما ما سوى ذلك فقد اسقطوا اعتبارها .

ونعتمد على لفظ الشهادة ، ونقول لاتتصور الشهادة إلاّ بلفظ الشهادة فإن هذا الاسم أخذ من هذا اللفظ فإذا لم يقل " أشهد " كيف تكون شهادة ؟ .

وقولهم : " **انه شهادة في حق العلة إقرار في حق الحكم** " .

قلنا : هذا تقسيم لاينقسم ، وقوله المسموع منه ليس إلاّ الإعتراف على أبيه ، وما تعرض للمشاركة في لفظه أصلاً . ونحن في تصحيح لفظه المسموع منه ثم يبتني عليه الحكم ، واللفظ المسموع منه هو ما قلنا ، فإن كان إقراراً ثبت ما قلنا ، وإن كان شهادة فوجب أن يعتبر لفظ الشهادة .

ثم نقول على قولهم " انه اعتراف بشيئين " .

قلنا : ليس كذلك ، بل اعتراف بشئ واحدٍ وهو النسب وأما المشاركة في المال يثبت حكماً لإقراره .

فإن قالوا : الاعتراف بالنسب اعتراف بحكمه " .

قلنا : ليس كذلك ، بل الإعتراف بالنسب اعتراف بالنسب ثم الحكم يثبت شرعاً ، ولئن قلنا انه اعتراف بحكمه فهو اعتراف به ليكون حكماً لذلك النسب فلا يجوز فصله عنه .

وقولهم " ان المشاركة في المال تنفصل عن النسب وتثبت بوجوه شتى ".

قلنا : هذه مشاركة في الميراث ، والمشاركة في الميراث لاتنفصل عن النسب بحال .

فإن تعلقوا بالمسائل التي قالوها .

قلنا : قد منع المسألتان الأوليان فإن جرينا على المنع سقط التعلق بهما ، ولئن سلمنا فقد يتصور ثبوت الشفعة مع ارتفاع البيع بأن يتقابلا ، فإن الشفعة لاتسقط في هذه الصورة فإذا جاز بقاء الشفعة مع ارتفاع البيع جاز ثبوتها من غير ثبوت البيع في حق المشترى .

وأما مسألتنا فلا يتصور بقاء الميراث مع انتفاء النسب ، ألا ترى ان في اللعان إذا انتفى النسب منه انتفى الإرث مع انتفاء النسب لم يتصور أيضاً ثبوت الإرث من غير ثبوت النسب .

يبينه : ان البيع يجوز أن يثبت في حق شخص دون شخص كما يرتفع في حق شخص دون شخص ، وأما النسب فلا يتصور ثبوته في حق شخص دون شخص ، كما لايتصور ارتفاعه في حق شخص دون شخص .

ونقول على التخريج : ان البائع بالمبيع معترف على نفسه فلهذا جاز أن يقبل إقراره على نفسه في الشفعة .

وأما في مسألتنا : فالولد معترف على أبيه بالنسب فلا يقبل إلاّ بالطريق الذي ذكرنا فإن وجد في موضع يقبل وإلاّ فلا يقبل .

وأما مسألة الكفالة فتخرج على ما قلنا أيضاً فإنه تتصور الكفالة مع براءة الأصيل ولايتصور ميراث بلا نسب ، وأيضاً فإنه بالكفالة يلتزم على نفسه مالاً ليكون عليه ، فيعتبر زعمه في ثبوته ولزومه ، وهاهنا لم يعترف على نفسه بشئ ، وانما اعترف على أبيه على ما سبق .

وأما المسألة الثالثة : فالجواب عنها سهل ، لأن الحرمات يحتاط فيها ، وتثبت بالتجوّزات والشبهات فجاز ثبوتها ، وإن لم يثبت النسب حقيقة ، ولهذا في معروفة النسب تثبت حرمة النسب ، وفي مسألتنا لايثبت الميراث إذا كان الولد معروف النسب من الغير . والله تعالى أعلم بالصواب .

□□□□

قبض المستعير موجب للضمان عليه عندنا .[1]

وعندهم : لايوجب الضمان .[2]

فالمستعار مضمون في يد المستعير عندنا .[3]

وعندهم : إمانة .[4]

لنا :

ما روى شريك[5] عن عبد العزيز[6] بن رفيع عن

---

(١) انظر الأم : ٢١٨/٣ ، المهذب : ٤٧٨/١ ، النكت ورقه : ١٧٠/ب ، روضة الطالبين : ٤٣١/٤ ، معالم السنن : ٨٢٥/٣ .

(٢) انظر مختصر الطحاوي ص ١١٦ ، مختصر القدوري : ٤٥٣/١ مع الجوهرة ، الأسرار : ١٨١/١/ب (مراد ملا) المبسوط : ١٤٠/١ ، رؤوس المسائل ص ٣٤٣ .

(٣) انظر الأم : ٢١٧/٣ ، المهذب : ٤٧٨/١ ، النكت ورقه : ١٧٠/ب ، روضة الطالبين : ٤٣١/٤ ، معالم السنن : ٨٢٥/٣ .

(٤) انظر : مختصر الطحاوي ص ١١٦ ، مختصر القدوري : ٤٥٢/١ ، مع الجوهرة ، الأسرار : ١٨٢/١/أ (مراد ملا) المبسوط : ١٣٤/١١ ، البدائع : ٣٩٠٤/٨ ، رؤوس المسائل ص ٣٤٢ ، إيثار الإنصاف ص ٢٦٦ .

(٥) تقدمت ترجمته .

(٦) عبد العزيز بن رفيع بفاءٍ مصغراً الأسدي ، أبو عبد الملك المكي ، ==

أمية [١] بن صفوان بن أمية عن أبيه ان رسول الله ﷺ استعار منه أدرعاً ، فقال: أغصباً يامحمد ؟ فقال : لا ، بل عارية مضمونة (قال) [٢] فضاع بعضها ، وفرض [٣] عليه رسول الله ص أن يضمنها .
فقال : أنا اليوم في الإسلام أرغب " . [٤]

وفي رواية " لما ضاع بعضها ، فقال له النبي ص إن شئت غرمتها ، فقال : ألا أن في قلبي من الإسلام غير ما كان يومئذ " . [٥]

فإن قالوا : ان النبي ﷺ كان أخذها من غير رضاه بدليل أن صفوان قال: أغصباً يا محمد ؟ .

(=) نزيل الكوفة ، ثقة ، من الرابعة ، مات سنة ١١٣هـ وقد جاوز السبعين ، روى له أصحاب الكتب الستة . انظر التقريب : ص ٢١٤ .

(١) أمية بن صفوان بن أمية بن خلف الجمحي المكي مقبول من الرابعة ، روى له أبو داود والترمذي والنسائي والبخاري في الأدب المفرد. انظر التقريب : ص ٣٨ .

(٢) ما بين القوسين زيادة من سنن الدارقطني ، ومسند الإمام أحمد .

(٣) في المسند (فعرض) .

(٤) هذا الحديث بهذا اللفظ رواه الإمام أحمد في مسنده : ٤٠١/٣ و ٤٦٥/٦ .
ورواه الدارقطني في سننه : ٤٠/٣ .
وروى أبو داود في سننه إلى قوله (عارية مضمونة) . انظر : سننه : ٨٢٢/٣ ، ٨٢٣ مع المعالم ، باب في تضمين العارية .

(٥) هذه الرواية رواها أبو داود في سننه : ٨٢٣/٣ ، ٨٢٤ عن عبد العزيز ابن رفيع عن أناس من آل عبد الله بن صفون " فهو مرسل .
ورواها الدارقطني في سننه : ٤٠/٣ .

قلنا : هذا مقال محال مع ورود الرواية بأنه / ﷺ استعار، ١٤٣/ب ومع قوله " لا ، بل هي عارية " .

وقول صفوان " أغصباً يا محمد " انما قال ذلك لأنه ظَنّ به ﷺ انه يفعل كما يفعل الملوك يستعيرون ثم لايردون .

فإن قيل نحمله على ضمان الرد ، لأن العارية اسم للفعل لا للعين .

يقال : أعار يعير عارية وإعارة .

قالوا : وعندنا الفعل مضمون بالرد .

قلنا : هذا ليس بشئ ، لأن قول صفوان " أغصباً ؟ " ينصرف إلى العين فكذلك قوله ﷺ " لا ، بل عارية " ينصرف إلى العين .

والدليل عليه : ان بعضها لما هلك عرض عليه النبي ص ضمان العين ، فالتأويل في نهاية الضعف ، ولامزيد في النص على هذا .

وأما الذي يرويه الأصحاب مطلقاً " العارية مضمونة مؤداة " فلا يعرف.

إنما المروي كما بينّا . نعم ، قد روى أبو أمامة الباهلي ان النبي ص قال : " العارية مؤداة ، والزعيم غارم ، والدين مقضي " . [1]

ولم يذكر الضمان .

---

(١) رواه أبو داود في سننه : ٨٢٤/٣ ، ٨٢٥ مع المعالم ، باب في تضمين العارية .

وأمّا هم يروون بطريق عمرو بن شعيب عن أبيه عن جده ان النبي ﷺ قال : ليس على المستعير غير المغل ضمان ولا على المودّع غير المغل ضمان[1] ، يعني الخائن .

وهذا خبر رواه عمرو بن عبد الجبار [2] عن عبيدة [3] بن حسان عن عمرو بن شعيب ، وعمرو بن عبد الجبار وعبيده ضعيفان [4] .

(=) والترمذي في سننه : ٥/٢٦٩ مع العارضة ، باب ما جاء في أن العارية مؤداة .
وابن ماجة في سننه : ٢/٨٠٤ ، باب الكفالة .
وأحمد في المسند : ٥/٢٦٧ ، ٢٩٣ .
والدارقطني في سننه : ٣/٤١ .
وابن الجارود في المنتقى ص ٣٤٠ رقم ١٠٣٣ .
وعبد الرزاق في مصنفه : ٨/١٨١ ، باب العارية .

(١) رواه الدارقطني في سننه : ٣/٤١ ، كتاب البيوع .
والبيهقي في سننه : ٦/٩١ ، باب مَنْ قال : لا يغرم .
وعبد الرزاق في مصنفه : ٨/١٧٨ ، باب العارية .
وقد صحح الدارقطني والبيهقي وقفه على شريح .

(٢) عمرو بن عبد الجبار السنجاري قال ابن عدي في الكامل : هذه الأحاديث التي أمليتُها مع التي لم أذكرها لعمرو بن عبد الجبار كلها غير محفوظة " أهـ.
انظر الكامل : ٥/١٧٩٠ ، ١٧٩١ ، وله ترجمة في لسان الميزان : ٤/٣٦٨ .

(٣) عَبيدة بن حسان العنبري السنجاري عن الزهري .
قال أبو حاتم : منكر الحديث .

(٤) قاله الدارقطني في سننه : ٣/٤١ .

وإنما هذا شئ رواه عن شريح القاضي غير مرفوع [(١)] رواه عنه محمد اين سيرين ، ورواه روح [(٢)] عن عوف [(٣)] عن ابن سيرين عنه . [(٤)]

وعلى أن الأصحاب حملوا الخبر على الأجزاء [(٥)] وهي غير مضمونة بالإستعمال إلا عند الخائن ، والخيانة أن يقول له ألبسْ هذا الثوب في الجمعات فلبس في جميع الأيام أو يقول البسْ بالنهار فلبس ليلاً ونهاراً .

وأما المعنى :ـ

نقول : العارية تبرع بالمنافع ، وأذن بالإستعمال لاغير .لأن معنى قوله : " أعرتك هذا الثوب " أيّ أبحتُ لك منافعه ، وأذنتُ لك في الإستعمال ، وإذا ثبت هذا فنقول :

(=) وقال ابن حبان : يروي الموضوعات عن الثقات .
روى عن خالد بن حيان الرقي وابن أخيه عمرو بن عبد الجبار بن حسان .
وقال الدارقطني : ضعيف ، وانظر : لسان الميزان : ٣/١٣٥ .

(١) قاله الدارقطني في سننه : ٣/٤١ .

(٢) روح بن عبادة بن العلاء بن حسان القيسي ، أبو محمد البصري ، ثقة ، فاضل ، له تصانيف من التاسعة ، مات سنة ٢٠٥ أو ٢٠٧هـ .
روى له أصحاب الكتب الستة . انظر : تقريب التهذيب ص ١٠٤ .

(٣) عوف بن أبي جميلة العبدي البصري ، ثقة ، رمى بالقدر وبالتشيع : ٣/١٤ ، من السادسة توفي سنة ١٤٦ أو ١٤٧ ، وله ست وثمانون سنه
روى له أصحاب الكتب الستة . انظر التقريب ص ٢٦٧ .

(٤) أخرجه الدارقطني في سننه : ٣/٤١ .

(٥) ومنهم الشيرازي في نكته ورقه ١٧٠/ب .

القبض مأذون فيه شرعاً للإستعمال خاصة ، لأنه من ضرورته فسقط حكمه فيما وراء الإستعمال فسقط الأذن في حقه، وصار كأن القبض حصل بلا إذن فيوجب ضمان العين كالغصب ومثال هذا : صاحب المخمصة إذا أكل طعام الغير هو مأذون من قبل الشرع فيه ، لكن هو مأذون في ذلك لإبقاء الحيــاة ودفع الهلاك عن نفسه ففي ما وراءه جعل الأذن كالعدم .

كذلك هاهنا .

ويمكن أن يقال : القبض غير مأذون فيه لعينه بل هو مأذون فيه لغيره ، وهو استيفاء المنافع ، فعمل عدمُ الإذن فيه لعينه عمل إيجاب ضمان العين ، وهذا كالصلاة في الدار المغصوبة ، وطلاق الحائض وغير ذلك لما لم يكن منهياً عنه لعينه بل كان منهياً عنه لمعنى وراءه وهو : شغل ملك الغير وتطويل العدة عمل إباحته لعينه عمله من جواز الصلاة ووقوع الطلاق ، كذلك هاهنا .

وهذا المعنى الذي ذكرناه مستخرج من قول الشافعي : انه قبضه لنفسه لا عن الإستحقاق .

وعليه الإعتماد .

وقد تعلق عامة الأصحاب في هذه المسألة بضمان الرد وقالوا : ـ

ضمان الرد مشعر بضمان العين من حيث انه إذا وجب الرد عليه صار القبض مأذوناً فيه بشرط الرد ، وإذا فات رد العين بهلاكها بقى في عهدة ضمانه باقامة بدل العين مقامها لينزل رد القيمة منزلة رد العين ، وبهذا الطريق وجب ضمان الغصب .

والحرف فيه : ان الأصل ضمان الرد ووجوب القيمة بعد الهلاك للخروج

عن ضمان الرد بقدر الإمكان ، وهذا غاية ما يمكن في تقرير ضمان الرد .
وتعلق الأصحاب أيضاً بفصل قرار الضمان وصورته : ان المستعار اذا هلك في يد المستعير ثم ظهر له مستحق وضمن المستعير استقر عليه الضمان ولم يرجع على المعير ، ولو كان الشئ في يده أمانة لكانت يده يد المالك ولصار حافظاً له فوجب أن يرجع بالضمان عليه كالوديعة اذا هلكت في يد المستودع ثم ظهر لها مستحق وضمنه المستودع فإنه يرجع بالضمان على المودع .
ونذكر وجه كلام على الفصلين ، وقد ذكرنا الطريق المعتمد .
وأما حجتهم :
قبض العين صدر عن أذن صحيح من قبل المالك فلم يكن موجباً للضمان على القابض .
دليله : قبض المستأجر ، وقبض الموصى له بخدمة العبد ، والدليل على وجود الإذن من المالك بالقبض انه يجوز للمستعير أن يقبض العين بالإجماع ، وإنما جاز القبض بإذن المالك .
يدل عليه : أنه قد وجد إما صريح الإذن أو دليله : ـ
أما صريح الإذن هو أن يأذن له بالقبض نصاً ، وأما دليله انه وإن لم يأذن له بالقبض نصاً ، فهو لما أذن له باستعمال العين ولايمكن الإستعمال إلا بالقبض فقد اذن له بالقبض .
وإذا ثبت وجود / الإذن فنقول الإتلاف في إيجاب الضمان **١٤٤/أ**
فوق القبض فإذا كان الإذن بالإتلاف يمنع تعلق الضمان بالاتلاف وذلك بأن يقول " كُلْ طعامي أو اخرق ثوبي " ، كذلك الإذن بالقبض يمنع تعلق الضمان بالقبض ، وهذا لأن ضمان القبض ضمان جبر لحق المالك ، فإنه

بالقبض يزيل يده ويده حقه فإذا ازالها بعدوان أوجب الضمان جبراً لما فات من حقه بالإزالة فإذا كانت الإزالة باذنه ورضاه لم يكن إيجاب الضمان ، لأنه حاصل بتسليطه وَمَنْ سلط غيره على تفويت حقه فقد اسقط حقه وَمَنْ أسقط حقه لم يجب له ضمان حق [١] . هذا حرفهم المعتمد ، وهو في غاية القوة .

قالوا : وأما قولكم " ان القبض مأذون فيه للاستعمال " . نسلم أن القبض مأذون فيه للاستعمال ، ولكن بهذا لايسقط اعتبار الإذن في سقوط الضمان ، كما نقول في قبض المستأجر .

قالوا : وفصل الإجارة داخل على قولكم " ان القبض صار مأذوناً له من حيث الضرورة فلا يعتبر فيما وراء الضرورة ، فإن هذا المعنى موجود في الإجارة قطعاً ، ومع ذلك اعتبر في اسقاط الضمان ، وهذا لأن القبض مشروع لفائدة كالعقد مشروع لفائدةٍ .

ففائدة المشروعية في القبض هو الإنتفاع .

وربما يقولون : الإذن بالقبض مطلق ويصور فيما لو نص على القبض وان لم ينص عليه فهو مطلق أيضاً لوجود دليله على ما سبق بيانه .

وأما اعتراضهم على فصل ضمان الرد قالوا : لِمَ قلتم إذا وجب ضمان الرد يجب ضمان العين ، وهذا لأن الرد يكون بمردودٍ فإذا هلك المردود لم يتصور وجوب الرد .

وأما إيجاب الضمان هو ايجاب حق مبتدأ بعد فوات الرد بهلاك المردود ، فمن أين قلتم إذا وجب الرد وفات بفوات المردود وجب أن

---

(١) ذكر هذا الاستدلال الدبوسي في أسراره : ١/١٨٢/ب .

يجب ضمان مبتدأ وهو القيمة ؟.

وقولكم " **ليقوم مقام الأول** " .

هذا في نهاية الضعف ، لأن الأمر اذا سقط في محلٍ لتعذره لايجب إقامة شئ آخر مقامه إلا بدليل جديدٍ ، وهذا معنى قول الفقهاء " ان القضاء واجب بأمرٍ ثانٍ " ، فأما الأمر الأول لايدل على وجوب القضاء ، لأن الأمر الأول تناول فعله في وقت فإذا فات ذلك الوقت لم يجب فعل مثله بالأمر الأول ، لأنه لادليل عليه ، كذلك هاهنا ، وجب الرد عند بقاء العين وهو واجب تعلق بمحل فإذا فات المحل لم يدل الواجب الأول على الواجب الثاني لاختلاف المحلين كما لم يدل في الفصل الأول لاختلاف الوقتين .

قالوا : وكذلك العبد اذا جنى جناية فإن واجب الجناية تعلق بالعبد فلو هلك العبد سقط الحق ولم يتعلق ببدله .

فان قلتم لِمَ وجب ضمان الرد " .

لايلزمنا تعليله ، ولكن عليكم بيان وجه وجوب ضمان العين بوجوب ضمان الرد ثم قالوا : وانما وجب ضمان الرد ، لأنه أخذ العين لمنفعة نفسه فإذا تمحضت منفعة القبض له كان أولى الرجلين بوجوب ضمان الرد عليه لقوله عليه السلام (الخراج بالضمان) [1] ولما كان القبض حاصلاً بإذن

---

(١) رواه أبو داود في سننه : ٣/٧٧٩ مع المعالم ، باب في من اشترى عبداً فاستعمله ثم وجد به عيباً .والنسائي في سننه : ٧/٢٢٣ ، باب الخراج بالضمان .وابن ماجة في سننه : ٢/٧٥٤ ، باب الخراج بالضمان. والترمذي في سننه : ٥/٢٨٥ ، ٢٨٦ ، مع العارضة ، باب ما جاء في من يشتري العبد فيستغله ثم يجد به عيباً . وقال : هذا حديث حسن صحيح . ورواه الامام أحمد أيضاً في المسند : ٦/٤٩ ، ٢٠٨ ، ٢٣٧ . وابن الجارود في المنتقى ص ٢١٢ ، رقم ٦٢٦ .

المالك لم يستقم إيجاب ضمان العين عليه .
وهذا لأن ضمان العين لجبر فائت فما لم يكن التفويت بغير تسليط المالك عليه لم يستقم إيجاب الضمان عليه .
وأما ضمان الرد ليس بضمان جبر لفائت انما هو رد ملك الغير على الغير وهذا أمر لابد منه إلا أن ما يلحق من مؤونة الرد يكون المستعير أولى بالتزامها لما ذكرنا من الجبر .
والمراد بالخراج المذكور في الخبر هو المنفعة ففي كل موضع أمكن استعماله يستعمله ، وقد أمكن استعماله في مسألتنا بايجاب الرد ولايمكن استعماله بايجاب ضمان العين لما بينا ان السبب لم يوجد .
قالوا : وأما فصل استقرار الضمان على المستعير فإنما كان كذلك ، لأن الأصل ان مَنْ وجب عليه الضمان يستقر عليه وقد وجب الضمان على المستعير في الصورة التي قلتم ، لأنه تبين انه مستعير من الغاصب ، وانه قبض العين بغير اذن المالك ، فأما في الوديعة فانما يرجع المودع بالضمان على المودَع بوجود التزامه دلالة ، ودليل الإلتزام هو انه لما استعمله في منفعة يعود اليه وجعل يده يد نفسه ، فإنه ضمن له كل عهدة يلحقه ، وهذا لأن المودع لايرضى ان يحفظ لغيره ويلتزم بالحفظ له ضماناً ، بل إذا علم ذلك لايقبل الوديعة والمودع يرضى بأن يلتزم الضمان ومنفعته عايدة إليه ويده يده فكما ينتفع بيد نفسه فيكون ضمان يده عليه فكذلك ينتفع بيد غيره ليكون ضمان يد غيره عليه .
وكذلك في الإجارة وتقدير الضمان على المستودعين يؤدي الى / ١٤٤/ب تنفير الناس عن قبول الودائع .
فأما في مسألتنا فالمستعير يقبض لمنفعة نفسه فيرضى أن يكون الضمان

في مقابلته ، وأما المعير اذا عرف ان المستعير يرجع بالضمان عليه مع ان منفعة قبضه له ، لايرغب في الإعارة أصلا ، لأنه لاينفع غيره بعهدة تلحقه فأما يجوز أن يرغب في منفعة غيره مع براءته عن العهدة .

وقد تعلق مشايخهم بسقوط ضمان الأجزاء عند الاستعمال .

وقالوا : اذا سقط الضمان في صورة الإتلاف فلئن يسقط الضمان في صورة التلف بلا اتلاف أولى .

قالوا : وليس كما لو أعار المغصوب من الغاصب حين لايضمن الأجزاء بالإتلاف ، ويضمن العين بالتلف ، لأن عندنا انما تصير العين عارية بعد استعمال العين ، وإذا استعمل العين فلا ضمان سواء تلف أو أتلف بالإستعمال ، فأما قبل الإستعمال فلم تثبت بعدُ يد العارية ، وهذا لأن العارية تبرع بالمنافع فما لم يتسلم المتبرع به بالإنتفاع لاتقع البراءة عن يد الغصب .

قالوا : وأما المقبوض على سوم البيع ، فإنما جعلنا مضموناً تقليداً بقول عمر بن الخطاب رضي الله عنه ، وهو أثر معروف [(١)] ، ولم يرو عن أحد خلافه . وعلى ان القبض هناك حصل على جهة العقد فيكون ملتزماً للضمان كما يكون ملتزماً بحقيقة العقد إلحاقاً لجهة الشئ بحقيقته .

وأما هاهنا لا إلتزام ولا عدوان ، ولابد للضمان من أحد هذين السببين : إمّا التزام بعقدٍ أو جهة عقد أو تحقيق تعدي أو تقديره . وفي المخمصة

---

(١) رواه عبد الرزاق في مصنفه : ١٧٩/٨ ، ولفظه " العارية بمنزلة الوديعة ولاضمان فيها إلا أن يتعدى " أهـ .

وجد تقدير تعدي ، لأن اذن المالك معدوم ، وانما وجد إذن الشرع لضرورة دفع الهلاك .

وأما في مسألتنا قد وجد اذن المالك حقيقة فلم يتصور تقدير التعدي فقد فُقدَ كلا سببيّ الضمان فلم يجب .

الجواب :

أما قولهم " **وجد القبض باذن صحيح صدر من المالك** " .

قلنا : إذن مطلق أو إذن ضرورة .

إن قلتم : مطلق ، لانسلم كما بينا ، ولأن الغاية تبرع والتبرع بالقبض لايتصور .

وإن قلتم لضرورة الإستعمال ، فهو مسلم ، لكن فيما وراء الإستعمال جعل الإذن فيه كالعدم .

يتبين بما قلنا ان العارية إثبات حق فينظر فيما أثبت فيه حق المستعير وانما أثبت الحق في المنافع ، وأما العين فلم يثبت فيها حقاً للمستعير لا ملكاً ولايداً ، فبقيت اليد حق المالك وقد جعلها المستعير لنفسه ، لأنه جعل العين في يده لينتفع بها ، فدل انه قد أثبتها لنفسه ، وَمَنْ أثبت حق الغير لنفسه فقد تعدّى ، وقد كان سبيله ألا يزيد على الإنتفاع الذي جعل له إلا انه لما لم يكن إلاّ بعد أن تكون العين في يده أعرض عن هذه اليد التي جعلها لنفسه في هذا الحكم الواحد ، وبقى معتبراً فيما وراءه ونظيره المخمصة ، والمسائل التي ذكرناها .

(=) وروى عن علي بن أبي طالب قوله " ليس على صاحب العارية ضمان " .
انظر : المصنف : ٨/١٧٩ .

وقولهم " **لم يوجد في المخمصة اذن المالك** " .

قلنا : إذن الشـرع وراء إذن المالك ، وهذا لأن الحظرية تجـعـل الشرع لحقه فإذا أسقط حقه بالإباحة فينبغي أن يسقط الضمان ، ولكن لم يسقط الضمان للمعنى الذي قلناه .

وعلى ان المالك وان اذن بوجـود الضـرورة تكون هكذا أيضـاً ، وإنما إذن المالك يعمل في اسقاط الضمان في موضع وجود الحظرية لحقه . وكذلك إذا أعار من الغاصب اعتبر اذنه في جواز الإستعمال ولم يعتبر اذنه في إنقلاب يد الغصب يد عـارية ، ولو تضـمنت الإعـارة الإذن في القـبض مطلقاً وجب أن تزول يد الغصب بنفس العقد ، كما لو أودع منه ، وليس لهم على هذا كلام يبالي به فتركتُه، وما ذكر أخيراً فالكلام عليه ظاهر .

وأما تعلقهم بالإتلاف المأذون فيه ، فتـعلق ضعيف ، لأن الإتلاف مأذون فـيـه بنفسـه ، وأمـا القبض غيـر مأذون فـيه بنفسـه بل هو مأذون فـيـه لضرورة الإسـتـعـمـال ، ونظير مسـألتنا من تلك المسألة اتلاف الأجزاء بالإستعمال فلا جرم لم يضمنها .

وأما فصل الإجارة وهو المشكل فقال الشافعي : لا عن استحقاق " .

وأراد الإحتراز عن هذا ، وفي الإجارة قد تعدّى الإستحقاق إلى العين حتى يجب عليه تسليم العين .

وهم يقولون على هذا قد تعدّى الإذن إلى العين أيضاً حتى جاز القبض فلابد من زيادة تقدير ليخرج الجواب فنقول :

الإجارة عقد استحقاق بمعاوضة ، ولابد في الإستحقاق من محل مستحق ليمكن جعل العوض في ما يقابله ، والمنافع معدومة فأقمنا محل المنافع مقام نفس المنافع في الإستحقاق وهو العين فكان تعدّى الإستحقاق الى

العين من هذا الوجه وإذا صارت العين / حق المستأجر بهذا ١٤٥/أ
التقدير لم يمكن إيجاب الضمان على المستأجر فيما هو حقه .

وأما في مسألتنا ، والعارية محض إباحة وليس في مقابلة المنافع عوض أصلاً فجاز في منافع توجد حتى إذا وجدت استوفاها . وبهذا جاز مطلقاً من غير تقدير بخلاف الإجارة لسهولة باب الإباحة فلم نحتج إلى أن نقيم العين مقام المنافع في الاستحقاق فصار حق المستعير في المنفعة فحسب ، ولم يكن له حق في العين أصلاً لا ملكاً ولا يداً على ما سبق .

فإن قالوا : إذا جعلتم العقد على مازعمتم فَلِمَ وَجَبَ التوقيت ؟

قلنا : لتقدير المستوفى من المنفعة ، وعلى هذا الذي قلناه خرج مسألة الوصية بالخدمة ، لأن الإستحقاق هناك تعدى إلى العين بدليل وجوب التسليم ، وبدليل ان الوارث لو قتل العبد الموصي لخدمته يغرم القيمة .

وأما اعتراضاتهم على فصل ضمان الرد ، وفصل استقرار الضمان على المستعير .

فهي اعتراضات واقعة وقوية أجلنا الجواب عنها على من يعتمد عليها ، ونحن اعتمدنا على ما سبق .

وأما كلامهم الأخير ، فليس بشئ ، لأن الأجزاء تلفت بإستعمال مأذون فيها من قبل المالك ، فنظيره إتلاف عين مأذون فيه من قبل المالك ، فإن رجعوا إلى أن القبض هاهنا مأذون فيه أيضاً ، فالجواب قد سبق .

وقد ذكر بعض من يدّعى التحقيق والتبرّز من أصحابنا في الجواب عن فصل الأجزاء : انا نسلم عن ما اذا قال لغاصبٍ : " خرّق ثوبي فتلف قبل الخرق " فتبتنى هذه المسألة على تلك المسألة في المنع والتسليم .

وهذا تذلل عظيم في المذهب لايرضى به مَنْ له أدنى غوصٍ على معاني

الفقه، والجواب بدون هذا التذلل ، والتمسك ظاهـر بين علـى ما سبق ، والله أعلم بالصواب .

□□□□



((كتاب الغصب))

مسألة :

إذا فقأ عيني عبدٍ أو قطع يديه ، فيجوز للمالك أن يضمنه قيمة العبد من غير تسليم الجثة إليه .[1]

وعندهم : لايملك إلا بشرط أن يسلم إليه الجثة .[2]

لنا :

ان الواجب بدل العينين فلا يقف التزامه ضمان العين على إزالة ملكه عن غير المضمون .

دليله : إذا فقأ عيناً واحدة ، والدليل على ان الواجب ضمان العين ، إنه ضمان جناية ، والجناية وجدت على العين ، ولأنه لو فقأ إحدى العينين كان الواجب ضمان العين ، كذلك إذا فقأ العينين كالحر .

يدل عليه : ان الحر انما ضمن ابعاضه بضمان كله لشرفه وحرمته وكذلك في العبد يكون هكذا ، لأن شرف الآدمي وحرمته موجود فيه .

وأما حجتهم :

قالوا : العبد مال فلا يجوز أن يبقى للمالك مع أخذه كمال قدر قيمته كمَنْ غصب ثوباً وخَرّقَه خرقاً فاحشاً ، واختار المالك تضمينه كمال القيمة لم يكن له ذلك مع استبقاء الثوب على ملكه .[3]

---

(١) المهذب : ٢/٢٦٩ ، النكت ورقه ١٧٢/أ .

(٢) مختصر الطحاوي ص ٢٣٠ ، الاسرار : ٢/٢٨١/ب (مراد ملا) المبسوط : ١١/٨٦ ، رؤوس المسائل ص ٣٤٦ .

(٣) المبسوط : ١١/٨٦ .

وتحقيقهم : ان معنى المالية مُغلّب على أطراف العبيد ، ولهذا لايجري القصاص فيها عندنا بحال [١] ، وهذا لأن المالية في اجزاء الصورة والأجزاء هي المعتبرة في ضمان الأطراف بدليل المسائل التي عرفت من كامل اليد وناقصة اليد ، واليد الشلاء وغير الشلا، وأما في النفس فالأجزاء فيها غير معتبرة بدليل المسائل ، وإذا كانت الأجزاء معتبرة في الأطراف ، وقد صارت مالاً لم يجز اسقاط جهة المالية في ضمانها ، ولما لم تكن الأجزاء معتبرة في ضمان النفس ولا مالية فيما وراء الأجزاء بقى ضمان النفس على ما كان ، وليس فيه من حكم المالية شئ ، [ولهذا جوّزنا أن يزاد ضمان طرف العبد على بدل الحر [٢] ، بخلاف ضمان النفس لايزاد عندنا على ضمان الحر . [٣]

قالوا : وإذا ثبت ان الضمان ضمان مال في أطراف العبيد والجناية في مسألتنا وجدت على الطرف لم يجز أخذ كمال القيمة مع امساك الأصل ، كَمَنْ غصب شاة وقطع رجلها ، وضمّنه المالك كمال القيمة يسلم إليه الجثة [٤] وكذلك هاهنا ، وهذا بخلاف الحر ، لأنه لامالية فيه فلم يجز اعتباره بضمان / الأموال بحال .] . [٥] **١٤٥/ب**

قالوا : ولايجوز أن يقال لو كان هذا الضمان ضمان مالٍ وَجَبَ أن

(١) مختصر الطحاوي ص ٢٣١ .

(٢) أي انه ديته مساوية لدية الحر . انظر : مختصر الطحاوي ص ٢٣٠ .

(٣) المبسوط : ٨٦/١١ .

(٤) المبسوط : ٨٦/١١ .

(٥) ما بين القوسين نقلاً من الأسرار : ٢٨٢/٢/أ (مراد ملا) .

يجوز له أن يغرمه نقصان الفقأ والقطع وإمساك الجثة كما في سائر الأموال .

[وكما قال أبو يوسف ومحمد في هذه المسألة من أصحابكم فإنهما جريا من غير تناقض [1] ، وأبو حنيفة ناقض ذلك [2]، لأنا وان ألحقناه بضمان الأموال لكنا لانعرض عن كونه آدمياً من وجه فإن العبد مال من وجهٍ آدمي من وجهٍ فلابد من اعتبار كلامهما فالقول بما قال الشافعي اسقاط اعتبار انه ضمان مال ، والقول بما قال أبو يوسف ومحمد من تضمين النقصان وامساك الجثة اسقاط اعتبار انه ضمان آدمي ، لأن تضمين النقصان لايمكن إلاّ بعد التوزيع الواجب على العين والفائت من الطرف ، وهذا التوزيع لايتصور في ضمان الجنايــة علــى الآدمي ، بــل ووجه ذلك : انه بحكم انه جناية على آدمي لايجب متوزعاً فلم يجز له تضمين النقصان بل يكون الواجب بإزاء الفائت وبحكم انه ضمان مالٍ لم يجز له أن يأخذ كل بدل العين مع إمساك العين بل قيل له من شرط استيفائك هذا الضمان أن تزيل الجثة عن ملكك ، وهذا كَمَنْ هشم قُلْب فضة يضمن لصاحبه ولكن ليس لصاحبه أن يضمنه إلاّ بترك الأصل عليه وأخذ القيمــة من خلاف جنسه] [3] لأن الجودة في الموزونات متقومة مع

---

(١) انظر الأسرار ورقه : ٢/٢٨٢/أ (مراد ملا) .

(٢) يشير إلى قوله " ماجناه الحر عليه من قطع عضو أو من فقء عين وجب عليه فيه جزء من قيمته إلا حصة من عشرة دراهم من قيمته .... " ذكره الطحاوي في المختصر ص٢٣٠ .

(٣) ما بين القوسين نقلاً من الاسرار : ٢/٢٨٢/أ (مراد ملا) .

أصلها غير متقومة منفردة عن أصلها فجعل ضمانه بين هذين الأصلين فقيل إذا أمسك الأصل وأراد تضمين الجودة على انفرادها لم يكن له ذلك كما لو اتلف شيئاً لاقيمة له من خمرٍ ودمٍ ونحوه ، وإذا أراد ترك الأصل عليه وتضمينه جميع القيمة بخلاف جنسه ظهرت القيمة وجاز له ذلك ، كذلك في مسألتنا هذه ، فإن الجناية موجودة على الآدمي لكنها بخلاف سائر الجنايات من حيث ان الواجب بدل الطرف والطرف مال فكان بدل مال لابدل نفس من هذه الجهة ولابد من إظهار حكم السبب في انه جناية على الآدمي ، وحكم البدل، لأنه واجب عن مال فيقال له : قد وجب لك كل ضمان النفس بإزاء الفائت بحكم الجناية غير متوزع على الفائت والباقي ، لكن لاستيفائه شرط ضمان المال ، وهو ألا يسلم لك الأصل مع كل الضمان فان شئت أتيت بالشرط وأخذت الحق وإن شئت أبطلت حقك بإعدام الشرط مثل مسألة الهشم في المعنى سواء هذه طريقة أبي زيد قالها في الأسرار .(1)

وقال في كتاب الجواهر : لما كان مالاً مضموناً من وجهٍ آدمياً مضموناً من وجهٍ اعتبر بالآدمي في إحدى العينين ، وبالمال في كلا العينين ، عملاً بالشبهين ، وهذا كما قلنا في مسألة دية النفس انها إذا انتقصت عن دية الحر اعتبرت بالمال ، وإذا زادت تعتبر بالآدمي ، وهذا لأن المال يتقوم بأجزائه فلا يتصور وجوب كل الضمان بالبعض " هذا حكاية لفظه .

---

(1) ما بين القوسين نقلاً من الاسرار : ٢/٢٨٢/أ (مراد ملا) .

الجواب :

أما قولهم " **مال** " .

يجوز أن يقال على المقابلة آدمي فجاز تضمين الجاني بالجناية عليه مع بقاء المجني عليه على أصل السلامة لصاحبه .

دليله : الحر .

وأما قولهم : **ان معنى المالية مغلب على أطراف العبيد** " .

قلنا : لانسلم ، بل حكم الأطراف حكم النفوس في الأحرار والعبيد وإلحاق الأطراف بالأموال ظلم عظيم على الأطراف ، وقطع الأجزاء عن النفوس حيف على النفوس .

ومما يدل على أن الأطراف معتبرة بالنفوس لا بالأموال ان العبد إذا أقر على نفسه بالسرقة وجب عليه القطع ، وإذا أقر عليه المولى بالسرقة لم يجب ، مثل ما لو أقر العبد على نفسه بالقصاص في النفس وجب عليه ، وإذا اعترف المولى عليه لم يجب .

ثم نقول الدليل على أن الواجب ليس ضمان المطالبة : ان لو أراد إمساك الجثة وتضمينه النقصان لم يكن له ذلك ولو كان ضمان مال جاز له ذلك ، ألا ترى ان في الثوب إذا خرّقه انسان ، والشاة اذا قطع رجلها انسان له أن يمسك الثوب ويضمنه الخرق ، وفي الشاة له أن يمسكها ويضمن النقصان ، وليس لهم على هذا كلام إلا اعتبار الشبهين .

وطريقة الشبهين في كل موضع تستعمل ضعيفة جداً لوجهين من الكلام : -

أحدهما : انها طريقة المترقفة المتحيرة لاطريقة الفقهاء فإن الفقه يظهر بترجيح المعاني ، وتغليب الأشباه واعتبار الشبهين ليس من الفقه في شئ .

الثاني : انه ما من موضع يستعمل فيه / طريقة الشبهين إلاّ والخصم

يمكنه اسقاطها بالمقابلة / . ١٤٦/أ

وبيان ذلك في مسألتنا انا نقول : لوجود الشبه بالأموال .

قلنا : ينتقص يدل النفس بفوات الأطراف .

ولأجل الشبه بالنفوس قلنا : له أن يضمنه بدل الفائت من الجزء وأن تقدر بجميع قيمة الجملة مع بقاء الجملة لصاحبها وسلامتها له .

وعلى الجملة كلامهم بناء على التفريق بين الأطراف والنفوس ، ونحن لم نسلم لهم ذلك بحال .

وقولهم : " **ان المالية إنما يتصور في أجزاء النفوس** " .

قلنا : هي متصورة في الأجزاء والجملة جميعاً ، لأنه معنى حكمي ثابت في الجملة بأجزائها ، ولولا ثبوتها في الجملة ثبت [١] في الأجزاء .

فإن قالوا : ليس انكم قلتم في قيمة العبد ان المضمون هو المال دون الدم ، ثم زعمتم هاهنا ان المضمون هو الدم ، وهذا تناقض بيّن .

قلنا : نحن نتبع الدليل في كل مسألة فنقول في قيمة العبد المضمون هو المال دون الدم ، لأن الواجب هو القيمة ولايتصور إيجاب القيمة في مقابلة الدم فجعلناها في مقابلة المال على ما ذكرنا في تلك المسألة .فأما في [٢] مسألتنا اتبعنا دليلاً آخر وهو ان الواجب بقطع اليدين وفقأ العينين كل القيمة وتقدير الواجب بجميع القيمة دليل على اعتبار النفوس في هذا الحكم ، وان العبيد ألحقوا بالأحرار في هذا ، وإذا

---

(١) كذا في المخطوط ، ولعل صحة العبارة (لم تثبت) .

(٢) في المخطوط قوله " فأما في " مكرر مرتين ، ولعله خطأ .

قام الدليل على اعتبار النفسية اعتبرنا ذلك ، ولم نبال بأخذ قدر جميع قيمة الجثة ، مع بقاء الجثة على ملكه كالحر سواء .

وأما مسألة الهشم ، فهي على أصولهم ، ويجوز عندنا على أحد الوجوه أن يضمنه النقصان مع بقاء القُلّب له وإمساكه .

وقيل : انه يجوز أيضاً وان كان من جنسه ولايُعدّ ذلك ربا ، لأن الربا إنما يدخل في العقود ، وأما في ضمان المتلفات فلا . وأما إذا خرّق الثوب يضمنه النقصان ان كان للباقي قيمة ، وان لم يكن للباقي قيمة فالخرق إتلاف فلهذا ضمن جميع القيمة .

وقد قال مشايخهم : ان ما قلتم يؤدي إلى الجمع بين البدل والمبدل في ملك واحدٍ وهو غير جائز ، وهذا بناءً لهم على ان الواجب في مقابلة الجثة .

وقد بينا ان الواجب في مقابلة العينين ، لأنه ضمان جناية فيكون في مقابلة الفائت بالجناية خاصة لا في مقابلة الفائت وغير الفائت .

وان زعموا ان فقأ العينين إتلاف حكماً " .

يقال لهم : ضمان الجناية يجب بالإتلاف الحسّي في مثل هذا الموضع ويقابل التالف حسّاً ولايقابل التالف حكماً ، ألا ترى ان في الحر يُعدّ هذا الفعل أيضاً إتلافاً من حيث الحكم ، ومع ذلك الواجب بإزاء التالف الحسّي من العينين واليدين بإزاء التالف الحكمي من النفس بدليل انه لو أتلف النفس بعد ذلك أو جني على عضوٍ آخر يجب ما يجب من قتلٍ .

وقد ألزمهم مشايخنا فصل المدبّر ، وقطع إحدى اليدين ، وهم يقولون في المدبّر إذا فقأ عينيه أو قطع يديه يجب ضمان النقصان ولاتجب جميع القيمة .

وقالوا : في قطع إحدى اليدين لم تجب عليه جميع قيمة الجثة حتى يجب تسليم الجثة له عند أخذها .

فإن قلتم : ملكوه نصف الجثة فهو حيف عظيم على المالك ، لأنه يبقى عليه نصف عبدٍ ناقص بأخذه نصف القيمة ، وهذا محض ضرر ، وهذا لأنه لم يأخذ ما يقابل جميع الجثة ، وانما أخذ ما يقابل بعض الجثة ، والجناية الحاصلة على بعض الجثة .

فأما في مسألتنا أخذ ما يقابل جميع الجثة فلا يجوز أن تبقى الجثة على ملكه كما سبق .

والجواب عن هذا ممكن وتمشية الإلزام بقطع إحدى اليدين على ما قاله الأصحاب متأتٍ ، لكن الإعتماد على ما قلناه أولى ، والله أعلم بالصواب .



((مسألة))

المضمونات لاتملك بالضمان عندنا .[1]

وعندهم : تملك .[2]

والمسألة تدور على أن الغصب هل يكون سبباً للملك أم لا ؟

فعدنا : لايكون سبباً للملك بحال .[3]

وعندهم : الغصب موجب لملك المبدل بإيجابه الملك في البدل .[4]

لنا :

ان ضمان الغصب ضمان جناية فلا يفيد ملك المضمون .

دليله : ضمان القتل ، وان عللّنا للسبب فنقول : الغصب جناية فلا يكون سبباً للملك ، دليله القتل ، وهذا لأن الجنايات عدوانات والعدوانات لاتكون سبباً للملك ، لأن الملك مشروع فلا يثبت إلا بسبب مشروع ،

---

(١) انظر : المهذب : ٤٨٤/١ ، روضة الطالبين : ٣٦/٥ .

(٢) انظر الأسرار : ٢٨٩/٢ /ب (مراد ملا) ، مختصر الطحاوي ص ١١٨ ، المبسوط :٦٧/١١ ، مختصر القدوري : ٤٤٠/١ مع الجوهرة ، بدائع الصنائع : ٤٤٢٥/٩ ، رؤوس المسائل ص ٣٤٧ ، إيثار الأنصاف في آثار مشكل الخلاف ص ٢٥٦ .

(٣) الأم : ٢١٩/٣ ، المهذب : ٤٨٤/١ .

(٤) انظر الأسرار : ٢٨٩/٢ / ب (مراد ملا) ، بدائع الصنائع : ٤٤٢٥/٩ .

والجناية بالغصب محظور محض وليس فيها وصف من المشروعية بحال ، وغير المشروع لايكون سبباً للمشروع ، وكذلك ضمانه لايفيد الملك ، لأن الضمان وجوبه بناءً على السبب ، وإذا كان بسبب الضمان لايصلح أن يكون سبباً للملك فالضمان الصادر عنه لايصلح موجباً للملك . ولأن ضمان الغصب لو أفاد الملك في / المضمون لأفاد بنفس **١٤٦/ب** وجوبه ، كضمان الثمن في البيع الصحيح ، وضمان القيمة في البيع الفاسد على أصولهم ، وحين لم يُفد بنفس وجوبه ، دل انه لايُفيد أصلاً .

وبيانه : انه إذا غصب شيئاً فهلك في يده وجبت قيمته عليه ، ومع ذلك لايملك المغصوب بالإجماع ، وهذا لأن الملك يقابل بالملك ، والتسليم بالتسليم ، فإن كان هذا الضمان يفيد الملك في المضمون فإذا ملك المغصوب منه القيمة وهي البدل وجب أن يملك عليه المبدل .

فإن قالوا : لايملك الا بقضاء القاضي وحين يقضي بها القاضي مَلَكَ الغاصبُ المبدلَ .

قلنا : اذا هلك العين في يد الغاصب وعرف هلاكه ، أيش الواجب على الغاصب ؟ إن قلتم العين المغصوبة فمحال ، لأنها هالكة ، والهالك لايتصور ثبوته في ذمة أحدٍ .

وإن قلتم : مثلها فلا يجوز أيضاً ، لأن العبد لامثل له ، والمسألة مصورة في غصب العبد أو الثوب ، ولا مثل لواحدٍ منهما ، ولأنه كيف يثبت مثله في ذمته ولايطالب به بحالٍ ؟ ، فدل ان الواجب القيمة .

وأما توقيف وجوب القيمة على قضاء القاضي فلا معنى له ، لأن هلاك

العين كافٍ في وجوب القيمة ، ولهذا إذا رفع الأمر إلى القاضي يطالب بالقيمة لا بعين العبد فتبين قطعاً إن القيمة واجبة بنفس الهلاك ، ومع ذلك لم يوجب ملك ما يقابله ، فكذلك إذا قضى القاضي يكون مثله .

وأما حجتهم :

قالوا : الغصب سبب لملك البدل فيكون سبباً لملك المبدل .

دليله : البيع .

وهذا لأنه إذا ملك المغصوبُ منه البدلَ ، ولم يملك عليه المبدل يجتمع في ملكه البدل والمبدل ، وهذا لايجوز ، ولم يرد به الشرع بحالٍ ولأن ملكه لايصلح أن يكون بدلاً عن ملكه ، ومالايصلح بدلاً لايكون بدلاً ، وإذا ثبت هذا فنقول : من ضرورة ملكه البدل خروج المبدل عن ملكه ، أما ثبوت ملك البدل فلا إشكال فيه .

والدليل عليه انه يوفر عليه قضايا الأملاك .

وأما دليل ان البدل بدل العين انه يجب جميع قيمة العين ولاتجب جميع قيمة العين إلا بازاء العين ، وهذا لأن تفويت معنى في العين لايجوز أن يقابل بجميع قيمة العين فإن تفويت معنى في العين يتنزل منزلة نقص يخل منه في العين ، وجميع قيمة العين لايجوز أن يقابل يخل العين .

قالوا : أو نقول إذا قطع يديّ عبدٍ أو فقأ عينيه ان الواجب بإزاء جميع العين ، لأنها صارت تالفة حكماً بقطع اليدين .

وحرفهم في هذا الدليل ان ضمان نقصان يخل العين لايقابل بجميع قيمة العين ، دل ان الواجب بدل العين قطعاً ، ولأن ضمان الغصب ضمان جبر ، ومعنى " الجبر " إن إزالة اليد تتنزل منزلة الإتلاف حكماً فوجب القيمة جبراً للتلف ، ولايتصور جبر إلاّ بهذا الوجه إلا أنها لما لم يكن تالفة

حسّاً فاستقام إثبات الملك فيه للغاصب .

يدل عليه : ان من مذهب الشافعي انه إذا قدر على الأصل يلزمه رد هذا البدل [1] ، ولو لم يكن بدلاً عن العين لم يلزمه رده عند القدرة على العين .

واستدلوا بمجموع هذه الدلائل : ان الواجب ليس ببدلٍ عن الحيلولة وإذا ثبت انه بدل عن العين تضمن القضاء به خروج المبدل عن ملكه على ما سبق .

قالوا : وأما قولكم " ان الغصب عدوان فلا يكون سببا للملك " .

قالوا : الغصب صار سبباً بإيجابه ملك البدل ، وهو بايجابه ملك البدل ليس بعدوانٍ من هذا الوجه ، كما ان الزنا يوجب حرمة المصاهرة لكونه سبباً لخلق الولد ، وهو من هذا الوجه ليس بمحظورٍ .

وقال أبو زيد في الأمالي :

على هذا ان وقوع الملك في البدل حكم شرعي ، وليس بعدوان فلما صار الغصب سبباً لملك البدل لم يكن عدواناً ، عُلَم انه سبب لملك الأصل لا على معنى انه سبب لإثبات ملك له عدواناً ، بل كان ملك البدل بالغصب أمراً مشروعاً ، ثم السبب المشروع لملك مالٍ بدلاً عن مالٍ مشروع سببا لملك البدلين جميعاً على سبيل المقابلة كالبيع ، وحرّر على هذا فقال :

الغصب سبب لملك بدل أصلٍ هو مال فيكون سبباً لملك ذلك الأصل .

الدليل عليه : البيع .

وقال بعضهم :

لما وجب الضمان على الغاصب ، والضمان مقيد بالمثل شرعاً ، ومتى لم

---

(١) الحاوي الكبير : ٢١٨/٧ .

يفـوت الملك على المالك في العين وبقـيت العين على ملكه ووجب على الغاصب ضمان العين لم يكن هذا الضمان مثلاً للأول فاحتجنا الى إزالة العين عن ملك المالك ليمكن إدخال البدل في ملكه والشئ يقتضي شرطه فصار قضاء القاضي بالضمان الذي هو سبب لثبوت الملك في / **١٤٧/أ** البدل مقتضياً زوال العين عن ملكه شرطاً لدخول البدل في ملكه كما في قـوله " اعـتق عـبدك عني على ألف درهم " فـان الملك يثـبت شـرطاً لتصحيح العتق .

وعلى هذا قالوا : إذا كان الملك في المبدل بطريق الاقتضاء لملك البدل فعُدوا نية السبب في ملك المبدل لم تكن مانعاً منه .

قالوا : ولايلزم على ما قلنا اذا غصب مدبّراً حيث يضمن الغاصب قيمته ولايملك المدبّر ، لأن هناك السبب قد وجد إلاّ انه امتنع العمل لمانعٍ ، وهو أنه لايحتمل النقل من ملك إلى ملكٍ ويجوز أن يوجد سبب الملك ويمتنع عمله لمانعٍ .

وحرفهم : أن بقاء الملك في المدبر ضرورة .

وقال بعضهم : ان الضمان في المدبر يقابل اليد ضرورة ، لأنا لو جعلناه في مقابلة الرقبة احتجنا إلى أن نزيل الرقبة عن ملك المالك ولايمكن ، ومعتمدهم الأول .

واعتذر أبو زيد عن المدبّر في الأمالي وقال :

أولاً : تعليلنا لبيان ما قلناه سبب لملك الأصل في الجملة ، لالبيان أنه في أيّ محلٍ يعمل في أيّ محلٍ لايعمل ، ثم قال : الغصب يشبه الجناية التي هي القتل ويشبه البيع ، أما شبه الجنايات فلأنه عدوان في نفسه ، وشبه البيع لأنه سبب لملك بدل يختص بالمال ، ولايوجب بدل غير المال

بحالٍ مثل البياعات ، فمن حيث انه جناية أوجب الضمان فيما لايملك من غير ملك المبدل وهو المدبّر كالجنايات ، ومن حيث انه يشبه البيع .

قلنا : انه يوجب الملك فيما يملك وهو القنّ .

قالوا : ولايجوز أن يقال إن الآبق والهالك لايحتمل الملك أيضاً ، قال : إمّا الآبق فلا شك انه محتمل للملك ، وعلى أن عندنا إذا ثبت الملك في المغصوب يستند الملك الى وقت الغصب ، وعند الغصب لا هلاك ولا إباق ، وفي المدبّر قد وجد التدبير عند الغصب .

فإن قلتم : كيف يستند وفي الحال لايمكن إثبات الملك ؟ ولأنه في المستندات من اعتبار الحال نقول : ملك المغصوب ليس يثبت مقصوداً ، وإنما يثبت شرطاً لدخول البدل في ملكه وبهلاك المغصوب لم يبطل وجوب البدل بل تقرر ، فإذا قضى به القاضي وملك الغاصب بالقضاء استند ملك البدل إلى وقت الغصب ، لأنه السبب ، وإذا استند ملك البدل اقتضى شرطه ، وهو زوال المبدل عن ملكه ، لأنه لاصحة إلا به .

قالوا : والملك يقع في المبدل وقت القضاء ووقت القضاء كان الشئ قائماً محتملاً للملك .

قالوا : ولايجوز أن يقال ان هذا البدل بدل خلافة لابدل مقابلة بدليل انه يعتبر العجز عن الأصل ليقام الخلف مقامه ، وفي بدل المقابلة يعتبر قيام المبدل حتى يحصل البدل في مقابلته ، كالثمن مع المثمن ، والأصل في الخلف انما يقوم مقام الأصل حال العجز عنه ، وإذا جاءت القدرة على الأصل سقط اعتبار الخلف كما في الماء مع التراب هذا لايجوز أن يقال ، لأن الذي قلتم : انه بدل خلافة فمسلم ، ولكن لابد من إزالة الأصل عن ملكه حتى يدخل البدل في ملكه ، فإذا دخل البدل في

ملكه وزال الأصل عن ملكه وقع الفراغ عنه فبعد ذلك يكون القدرة على الأصل قدرة بعد حصول المقصود بالبدل فلا يسقط اعتبار البدل كما لو تيمم وصلى ثم وجد الماء .

قالوا : ولايجوز أن يقال لو استند الملك لَنَفَدَ العتق من الغاصب ، ولَمَلكَ الأولاد .

قالوا : أمّا العتق إنما لم ينفذ ، لأن ما يثبت بطريق الإسناديثبت من وجهٍ دون وجهٍ ، لأن الغصب لم يكن سبباً للملك عند الغصب . وإنما صار سبباً للملك عند ملك البدل ثم تستند السببية فيكون الملك ثابتاً من وجهٍ دون وجهٍ ، لأن السببية كان ثابتة من وجهٍ دون وجهٍ ، والملك الثابت من وجهٍ دون وجهٍ يكفي للبيع ولايكفي للعتق كملك المكاتب .

وأما فصل الأولاد انما لم يملكها ، لأنا ذكرنا في كتاب البيوع أن الولد يسري إليه بسبب ملك الأصل وهو البيع ، ولانقول يملك بملك الأصل ، وملك الغاصب ملك خلافة فتخلُفُه في الملك لا في السبب الذي مُلكَ به الأصل ، لأنه يثبت بطريق الضرورة لئلا يجتمع في ملكه البدل والمبدل ، ولما صار خليفة في الملك لا في السبب ، والولد مملوك بالسبب الذي ملك به الأصل ، فإذا لم يصر خليفة في السبب لم يملك ما يملكه بذلك السبب ولم يكن مملوكاً بملك الأصل حتى إذا صار خليفة في ملك الأصل ملكه .

وأما الكسب لايملك بالسبب ، لأن السبب لايسري الى الكسب فصارت علة / ملك الكسب وجود الملك في المكتسب يوم الكسب وقد **١٤٧/ب** صار الملك للغاصب فيكون الكسب له .

وقد ذكروا عذراً آخر عن الولد أضعف من هذا فتركتّه .

قالوا : ولايلزم اذا أخذ القيمة بقول الغاصب ثم وجد العين حيث

تسترد ، لأن التعليل وقع لايجاب الملك في المغصوب ، وهنالك قد وقع الملك للغاصب في المغصوب إلاّ انه تملك غير لازم ، لأنه لم يرض به حيث أخذ بقول الغاصب ، وهو يزعم ان البدل أكثر بما قاله الغاصب ، وإذا لم يلزم الملك لعدم الرضا يثبت له خيار الرد ، كما لو اشترى شيئاً ثم وجد به عيباً لم يكن الملك لازماً ، لأنه لم يرض كذلك هاهنا .

الجواب :

أما قولهم " **سبب لملك البدل** " .

لانسلم ، انه بدل العين بل هو ضمان إزالة اليد ، وهذا لأن الضمان انما يكون بازاء الفائت لابازاء الباقي،والعين باقية على ملك المغصوب منه ، وانما الفائت هو اليد ، فيكون الضمان بإزاء الفائت من اليد لا بازاء الباقي من العين ، ولأن الضمان الأصلي إعادة اليد ، فإنه إذا كانت العين قائمة في يده انما يجب عليه اعادة اليد فإذا هلكت العين أو أبق العبد تجب القيمة ليكون اثبات يده في القيمة مكان إعادة يده في الأصل أن لو كان الأصل قائماً .

فإن قالوا : ان العين هلكت حكماً بالإباق لفوات الوصول إلى المنافع .

قلنا : هذا بعيد ، لأنها باقية حسّاً فكيف تجعل هالكة وقد أمكن إيجاب الضمان من غير أن يجعل في حكم الهالك ؟ وجعل الشئ القائم هالكاً من غير ضرورة محال .

وقولهم : " **انه يملك البدل** " .

قلنا : بلى، ولكن ليكون الثابت له يد ملكٍ كما كان الفائت يد ملكٍ .

وقولهم : انه تجب جميع قيمة العين "

قلنا : لأنه وجبت القيمة لتكون يده في القيمة مكان يده الفائتة في العين فوجب جميع القيمة ليستقيم اثبات يدٍ له بدلاً عن اليد الفائتة .

ويمكن أن يقال الشئ للمالك ملكاً والشئ له يداً ، وبالغصب قد فوّت الشئ عنه يداً فلابد من إيجاب قيمة الشئ ليكون له مكان الأول يداً على ما سبق .

وأما قولهم : " انه إذا وجد الأصل يرد إلى البدل المأخوذ " .

قلنا : انما وجب ذلك لأنه عادت يده إلى الأصل فوجب رد ما وجب له مكانه ويستوضح هذا الجواب بفصل المدبّر : فإن الواجب بإزاء إزالة اليد في المدبّر .

وقولهم " انه بدل العين إلا انا لم نوجب الملك في الأصل لأنه لايمكن إيجابه " .

قلنا : لاتوجبوا الضمان أصلاً ، لأنه لما كان بدلاً واجتماع البدل والمبدل في ملكه لايجوز ، ومن ضرورة ملك البدل خروج المبدل عن ملكه ولايمكن فدعوا الضمان أصلاً ، وقد اسقطتم ضمان الغصب في أم الولد فاسقطوا في المدبّر أيضاً .

جواب آخر عن أصل الطريقة :

وهو على تسليمنا انه بدل العين ، ولكن مع هذا لايملك المبدل ، لأنه لم يملك البدل ملكاً مستقراً ، وإنما ملك لضرورة عجزه عن رد العين ليرده عليه عند قدرته عليها ، فلمَ قلتم ان ملك البدل على هذه الصفة يوجب ملك الأصل بل لايوجب كما في المدبّر .

فإن قالوا : في المدبّر ان البدل بإزاء اليد لا بإزاء العين ، فليس

هذا مذهبهم لأن عندهم ان الرقبة هالكة حكماً اذا تعذر استردادها فنحتاج الى جبرها ، ولابد في الجبر أن يكون البدل في مقابلة العين وقد نص أبو حنيفة في كتابهم " انه إذا غصب مدبراً ثم غصب من يده غاصب آخر فاختار المالك تضمين الأول فإن الأول يُضمن الثاني " .

فلو لم يكن الضمان في مقابلة الرقبة لم يكن له تضمين الثاني . فثبت ان في المدبر الواجب عندهم في مقابلة الرقبة ، ومع ذلك لم يملك الرقبة لما بينّا ان الملك في البدل غير مستقر .

فإن قالوا : لم يكن لهذا المعنى ، بل لأنه لايحتمل الملك " .

قلنا : قد أجبنا عن هذا ، وعلي أنا نقول في مسألتنا : الهالك لايحتمل الملك .

وأما الإسناد الذي قالوه ، فباطل ، لأنه لابد من محل الثبوت في الحال حتى يستند .

والذي قالوا : **ان الأصل ملك البدل** " .

قلنا : إذا أوجب ملك البدل صار أصلاً ، لأن البدل والمبدل لابد من مقابلتهما بالأصالة كالثمن مع المثمن .

والذي قالوا : من وقت القضاء يستند .

قلنا : العين هالكة وقت القضاء ، فكيف يتصور ثبوت الملك فيه حتى يستند ؟ وأيضاً فإن الإسناد متعذر ، لأن السبب عدوان محض ، واسناد الملك إلى سبب هو عدوان محض لايجوز .

وقولهم " انه ليس بعدوان من حيث ملك البدل " .

قلنا : ملك البدل لاينسب الى ملك / البدل بل ينسب **١٤٨/أ** الى السبب الذي يملك به البدل كما في البيع ، وإذا نسب إليه فهو في

عينه عدوان محض فبطل أن يكون سبباً .

ويقال لهم : أنتم تلحقون هذا السبب في ملك البدل والمبدل بالبياعات والبيع لايوجب ملك البدل من حيث انه يوجب ملك البدل ، بل هو يوجب الملك في البدل والمبدل بعينه ، ويكون سبباً تاماً في كل واحد منهما ، فهذا الذي قالوه بيان بطلان السببية لأن السبب إذا لم يكن بنفسه موجباً لملك المبدل لايصير بملك البدل سبباً كالجناية بالقتل ، ولأن السبب لايصير سبباً بحكمه وانما يكون سبباً بنفسه ، فكأنهم جعلوا هذا السبب سبباً لحكمه وهو ملك البدل ، ولأن الأحكام بالأسباب ، لأن الأسباب تصير أسباباً لإحكامٍ .

وفي المسألة لهم تخبطات كثيرة ، ومناقضات يتعذر عليهم الخروج عنها فاختصرنا وأقتصرنا على ما سبق . والله أعلم بالصواب .



((مسألة))

زوائد المغصوب من الأولاد والثمار وغيرها مضمونة عندنا .[1]

وعندهم : لاتكون مضمونة .[2]

لنـــا :

ان الولد مغصوب فيكون مضموناً كالأم ، وكذلك سائر الزوائد ، ثم الدليل على انه مغصوب ثبوت يد الغصب عليه ، وكل ما ثبتت عليه يد الغصب يكون مغصوباً ، وهم يمنعون ثبوت يده عليه أصلاً ، وان سلموا ثبوت يده عليه يقولون : الغصب مفقود ، لأن الغصب ليس هو إثبات اليد على الشئ حتى يقال إذا ثبتت يده على الولد يكون غاصباً له فنحتاج في هذه المسألة إلى ان نبين أولاً ثبوت يده عليه بصنع من قبله ثم نبين ان الغصب هو إثبات اليد ويبنى عليه الضمان .

أما الدليل على ثبوت يده على الولد المشاهدة ، فإن المسألة مصورة فيما إذا كان الأم والولد في يده .

فإن قالوا : هو في يده ولكن لابصنعه " .

قلنا : يده صنعه وهو في يده فيستحيل نفي صنعه مع وجود يده .

---

(١) مختصر المزني مع الأم : ٣٧/٣ ، المهذب : ٤٨٦/١ ، النكت ورقه ١٧٣/ب ، الحاوي الكبير : ١٥٠/٧ ، روضة الطالبين : ٧/٥ ، ٢٧ .

(٢) مختصر القدوري مع الجوهرة : ٤٤٣/١ ، الاسرار : ٢٨٤/٢ /ب (مراد ملا) ، المبسوط : ٧٨/١١ ، بدائع الصنائع : ٤٤٠٤/٩ ، رؤوس المسائل ص ٣٥٢ ، إيثار الأنصاف ص ٢٥٥ .

فإن قالوا : جعل في يده لابفعله بل ، فإن الله تعالى خلق الولد في يده ، وإذا كان الله جعل الولد في يده انعدم صنعُه وإذا انعدم صنعُه انعدم غصبُه .

قلنا : إذا حصل في يده ويده يد غصبٍ على الأم ، فالحاصل في يد الغاصب مغصوب .

فإن قالوا : يده يد غصبٍ في الأم ، فأما في الولد فلا ، ويجوز أن يكون له يد غصب في شئ ويد أمانة في شئ آخر .

وربما يقولون : الغصب قد انقضى ، لأنه فعل ينقضي بالفراغ منه وانما بقى حكم الغصب في الأم لا نفس الغصب .

الجواب :

ان الولد حصل في اليد التي على الأم ، واليد على الأم يد غصبٍ فيكون حاصلاً في يد الغصب ، ثم يدل على استدامة وجود الغصب في الأم فنقول : الغصب فعل حسي فإذا استديم الفعل الحسّي صار الغصب مستداماً . وإذا صار الغصب مستداماً بهذا الوجه ، فاليد التي بها يصير مستديماً للغصب في الأم تصير به غاصباً للولد ، وهذا كجرح يستديمه في محل حسّاً يجوز أن يجرح به في محل آخر فيكونه مستديماً للجرح في المحل الأول مبتدئياً للجرح في المحل الثاني ، وهذا الكلام بناءً على أن الغصب هو اثبات اليد وسنبين وجه صحة ذلك .

ونستدل في ثبوت يده على الولد بصنعه بوجهٍ آخر فنقول : سبب بحصول الولد في يده بفعلٍ هو تعدٍ ، ونعني " بالتسبيب " إمساك الأم فيضاف إليه بالتحصيل ، كما لو سبّب التلف بحفر البئر أو وضع الحجر ، فإنه يضاف إليه بالإتلاف ، كذلك هاهنا .

وهذا دليل معتمد .

فإن قالوا : انما يضاف إليه تسبيباً ما يتصور أن يضاف إليه مباشرة وحصول الولد لايتصور أن يضاف إليه مباشرة فلا يضاف تسبيباً بخلاف التلف .

وهذا ليس بشئ ، لأن مباشرة تحصيل الولد في يده متصور ، وليس الكلام في أصل حصول الولد ، انما الكلام في تحصيله في يده .

وسؤالهم المعتمد هو أن يسلموا حصوله في يده لصنعه ، لكن يقولون لم يحصل بصنعٍ هو غصب ، لأن الغصب ليس هو إثبات اليد .

فنقول : الدليل على ان الغصب هو إثبات اليد أن إثبات اليد يكفي للملك فيكفي للضمان .

وصورة إثبات الملك بنفس إثبات اليد في المباحات .

فإن قالوا : الملك لايتعدى من المحل الى غيره ، والضمان يتعدى من المحل إلى المالك ، لأنه يجب له فلابد من فعلٍ يتعدّى إليه ، وذلك الإزالة على ما سنبين حتى لو تعدّى في الملك فإنه لايكفي إثبات اليد .

قلنا : بهذا لايندفع فصل الملك ، لأن الملك يثبت تارة بإثبات اليد بواسطة الإزالة ، وتارة بمجرد إثبات اليد ، فقولوا أيضاً ان الضمان تارة بإثبات اليد بواسطة / الإزالة، وتارة بمجرد إثبات اليد، ثم **١٤٨/ب** الدليل المعتمد في هذا الفصل :

إن إثبات اليد على مال الغير تعدٍ لأنه تصرف منه في غير محل حقه فإذا كان تعدّياً ، وضمان الغصب ضمان تعدٍ فاستقام إيجاب ضمان التعدي بفعل هو تعدّ ، وهذا تحقيقه وهو أن ضمان الغصب هو ضمان الرد في الأصل فإذا تعذر الرد بالإباق أو الهلاك وجب ضمان القيمة

لتقوم القيمة مقام الأصل فيصير كأنه رد الأصل .

وإذا ثبت هذا الأصل فنقول :

إثبات اليد بالتعدي على مال الغير مؤثر مخيل في إيجاب رفع اليد ثم إذا وجب رفع اليد فوجب رفع اليد بوجهٍ يزيل التعدي ، ورفع التعدي بوجهٍ يزيل التعدي يكون بايصال الشئ الى مالكه فيكون هو الرد الذي يثبت عند الأخذ ، وإذا وجب هذا الضمان وجب ضمان القيمة عند تعذر الإيصال ليقوم إيصال القيمة مقام إيصال الأصل فصارت هذه الصورة وصورة الأخذ من المالك في حكم الغصب سواء .

فإن قالوا : إثبات اليد مخيل مؤثر في إيجاب رفع اليد وإزالة الموانع من أخذ المالك وتخليته بينه وبينه . فأما لا إخالة له في ايجاب الرد إنما الأخذ مؤثر في إيجاب الرد الذي هو ضمان الغصب .

والجواب ما سبق ان رفع اليد إنما يجب على وجهٍ يزيل تعدّيه بإثبات اليد، وإذا رفع اليد من غير أن يوصله إلى مالكه فقد زاد في التعدّي ورفع اليد على وجهٍ يزيل التعدي لايكون إلاّ بإيصاله إلى مالكه فإن جاء المالك يأخذه خلى بينه وبينه وأن لم يجئ وجب عليه أن يحمله إليه ويوصله إليه بهذا الوجه ليزول تعدّيه .

وهذا دليل معتمد في نهاية الإعتماد ، هذا الذي قلناه كله في الجارية الحامل إذا ولدت .

فأما الحامل فالكلام فيها أظهر ، لأنه يصير غاصباً لهما ، لأن الأم ظرف الولد والولد مظروف ، وغصب الظروف يكون غصب المظروف ، وهذا أمر محسوس لايمكن منعه بدليل سائر الظروف والمظروفات ، ولأن اذا غصب شاة حبلى فهو غاصب للولد بدليل ان الشاة إذا كانت تساوي

عشرة دراهم عند عدم الحمل ومع الحمل تساوي خمسة عشر يضمن خمسة عشر وإذا وجب ضمان الحمل قبل الإنفصال فبالإنفصال لايسقط ضمانه كالحنطة في الجراب والدُّرة في الحقة .

وأما حجتهم :

قالوا : الزوائد ليست بمغصوبة فلاتكون مضمونة كالوديعة واللقطة ، وانما قلنا " ليست بمغصوبة " لأنه لم يصنع في الولد شيئاً وغصبه صنعه ، وإذا لم يصنع شيئاً لم يكن غاصباً ، وانما قلنا " لم يصنع شيئاً " ، لأن الزيادة لاصنع للآدمي فيها ، وانما يزداد بصنع الله تعالى فيها .

وحرفهم في هذا : ان الولد حصل في يده بالولادة ، والولادة فعل الله تعالى على الخلوص بدليل قوله تعالى (**وَاللَّهُ أَخْرَجَكُمْ مِنْ بُطُونِ أُمَّهَاتِكُمْ**)[1] فصار نظير مسألتنا إذا هبت الريح بثوب وألقته في حجره فإنه في يده أمانة، لأنه لاصنع له فيه .

قالوا : ولايجوز أن يجعل غاصباً بالإمساك ، لأن الإمساك ليس بغصب في الأم فلا يكون غاصباً في الولد .

والدليل على أنه ليس بغصبٍ في الأم ، إنه وجب إمساك الأم ليردها على صاحبها ، والغصب لايجب بحالٍ .

هذا نهاية ما قيل في هذه الطريقة .

وأما المعتمد لهم قالوا : لم يوجد في الولد غصب ، لأن حدّ الغصب : إزالة اليد بإثبات اليد ، ولم يوجد في الولد إزالة اليد ، لأنه لم يكن في

---

(١) سورة النحل آية (٧٨) .

يد المالك حتى يُزال يده .

وربما عبّروا عن هذا وقالوا : الغصب أخذ الشئ من غير نقله عن يده الى يده فذلك النقل هو الغصب ، وبعد أن وجد النقل يبقى حكم الغصب لا الغصب، وهذا كالدخول في الدار ينقطع بالفراغ منه وإذا انقطع فعل الغصب لم يتصل بالزيادة فلا تصير مغصوبة .

قالوا : والدليل على أن حدّ الغصب ما بيّناه أن الضمان الواجب ضمان جبرٍ ، لأنه وجب لحق الآدمي ، وضمان حق الآدمي يكون بالجبر لاغير ، وضمان الجبر ركنه التفويت ولاتفويت في الغصب إلاّ تفويت اليد ، فدل ان حقيقته تفويت اليد ثم تفويت اليد ينزل منزلة تفويت العين حكماً ، لأن العين لاتراد لذاتها وانما تراد لمنافعها ، وباليد يتوصل إلى منافعها فصار تفويت اليد كتفويت العين .

يدل عليه : ان الغصب فعل متعد يقول : " غصبتُ من فلان " .

وحقيقة التعدي هو إزالة يد المالك بإثبات يد نفسه .

وربما يقولون : يد مبطلة ليد صاحبه ، فإذا لم يوجد تعدّى الفعل الى غيره / لم يوجد الغصب . **١٤٩/أ**

قالوا : وأما قولكم " **انه متعدٍّ بإثبات اليد عليه** " .

يقال : بلى متعدٍّ ، ولكن ليس كل فعل اتصف بالتعدي يكون غصباً .

قالوا : ولايجوز أن يقال ان لم يوجد إزالة يد المالك فقد وجد منع يده فيقوم مقام الإزالة كنع الرق ، ومسألة المغرور تقوم مقام تفويت الرق، لأن المنع أيضاً لم يوجد ، فإن الولد لايحصل في تراحم المغصوب منه حتى يمنع منه ، وإنما يحصل بحيث لو أراد أخذه أمكنه ، وهاهنا أيضاً يكون المغصوب منه متمكناً من أخذه ولو أراد أخذه فمنعه الغاصب

يصير عاصياً .

أما قبل المنع فلايجوز أن يجعل غاصبا ولم يوجد تفويت يد ولا منع يدٍ وعلى أن المنع من الشئ لايعطى له حكم تفويت ذلك الشئ .

ألا ترى أن مَنْ أهلك نصاب الزكاة قبل حؤول الحول لايضمن الزكاة ، وان منع الوجوب ، وإذا اتلف غنم انسان وأشجار إنسان لايضمن الأولاد والثمار وان منع حصولهما .

وأما مسألة المغرور فإنما أوجبنا الضمان بإجماع الصحابة على خلاف القياس . وبعضهم قال : قد ثبت رق الولد في حق مالك الجارية ، لأنه ولد جاريته ، وانما هو حُرٌ في حق المستولد، ويجوز أن يكون الشخص حُرّاً في حق إنسان دون غيره ، كَمَنْ شهد بحرية عبد غيره يكون حُرّاً في حق الشاهد دون المشهود عليه ، ثم إذا رفعوا الأمر إلى القاضي لايمكنه الجمع بين حكم الرق والحرية فيعلب الحرية ويبطل الآن حق مالك الجارية في رق الولد بقيمة يوجبها على المستولد ، ولهذا المعنى يعتبر قيمة الولد عند الخصومة لا عند الولادة .

قالوا : ولايلزم على الأصل الذي قلناه غاصب الغاصب حيث يضمن للمالك وإن لم يوجد إزالة يده ، لأنه قد وجد منه إزالة يد مَنْ يقوم مقام يده من وجهٍ ، ويد الغاصب تقوم مقام يد المالك من وجهٍ ، ولهذا المعنى تقطع يد السّارق بخصومة الغاصب كما يقطع بخصومة المالك ، وأيضاً بغصبه إزالة مكنة المغصوب منه من أخذ الشئ من يد الغاصب الأول فنزّله منزلة إزالة يده .

قالوا : وعلى هذا المودع اذا حجر الوديعة يجعل غاصباً لإزالة المكنة ، وكذلك المغصوب منه إذا طالب برد الولد فمنعه، وعلى أن يد

المودَع يد المودِع ، وكذلك في حق الولد يد الغاصب يد المغصوب منه ، لأنه امانة فيجحد الوديعة ويمنع الرد بجعل يده يد نفسه فنزل منزلة إزالة يده .

قالوا : ولايلزم ولد الظبية المخرجة من الحرم حيث يضمنه ، لأن الضمان هناك بإزالة أمن الصيد ، والأمن يزول بوقوعه في أيدينا كيفما وقع ، لأن أمان الصيد ببعده عن أيدينا فصارت اليد بصورتها مقومة للأمن فوجب الضمان .

وأما هاهنا فالضمان انما يجب بالغصب وذلك بيد في العين مبطلة ليد صاحبها ، فلم يوجد بنفس وقوع الشئ في أيدينا .

والحرف : ان أيدينا الممسكة في الزوائد من الصيد كالأخذ فيما ذكرناه وهو سبب ضمان الصيد ، وليس بسبب ضمان الأموال بل لابد ههنا من إبطال يد صاحب المال ، وذلك لايحصل بنفس الحفظ بل بالأخذ من يد المالك يحصل ، أو بالمنع من يده ولم يوجد في مسألتنا أخذه الولد من يده ، وإذا وجد المنع من يده وذلك عند طلبه أوجبنا الضمان .

قالوا : ولايلزم مسألة حفر البئر ، لأن الضمان ضمان تلف لاضمان غصب ، والتلف قد حصل بسبب مضاف إلى فعله وهو عمق المكان .

وأما في مسألتنا فالغصب لم يوجد على ما سبق .

وأما الكلام في الحامل فهو مثل ما ذكرنا في الحائل ، لأنه لايد على الحمل في بطن الأم ، وإنما يصير محل اليد بعد الإنفصال ، ولهذا المعنى لايكون الحمل محل التصرفات التي تبتني على اليد بحالٍ ، وبعد الانفصال لم يوجد فيه غصب على ما سبق فلم يجب ضمانه .

الجواب :

أما الطريقة الأولى فقد سبق الجواب عنها .

ويمكن أن يقال حصل الولد في يده بطريق معتادٍ لتحصيل الأولاد في الأيدي فإن إمساك الأمهات سبب معتاد لتحصيل الأولاد فأشبه هذا حفر البئر في التلف .

وخرج على هذا مسألة هبوب الريح بالثوب .

أما الطريقة الثانية فقد ذكرناه ان الغصب : هو إثبات اليد على مال الغير بجهة التعدي .

وحرفنا : ان هذا القدر كافٍ في إيجاب الضمان كما سبق من قبل ، فإن وجدت إزالة اليد فليس لأنها شرط ، لكن لايمكن إثبات اليد إلاّ بإزالة اليد فإن / وجد في موضع إثبات اليد بلا إزالة اليد كان سببا **١٤٩/ب** كافياً في إيجاب الضمـــان .

وقولهم : " **ان الضمان ضمان جبر** " .

يمكن أن يقال ليس بضمان جبرٍ ، بل هو ضمان تعدٍ فحسب ، وقد سبق هذا في المسألة الأولى .

فإن قلنا ضمان جبرٍ ، فمعنى " الجبر " هو إقامة القيمة مقام الأصل ليتأدّى بها الواجب في الأصل على ماسبق .

وقد ذكرنا ان الواجب في الأصل هاهنا إيصال الشئ الى يد مالكه بجهةٍ يزول بها التعدي ، وقد أمكن إيجابه بمجرد إثبات اليد فأوجبناه ، وحين فات أقمنا القيمة مقامه .

وأما قولهم : " **ان الغصب فعل يتعدى الى المالك** " .

قلنا : التعدي الى المالك إنما اعتبر ليستقيم إيجاب الضمان له وقد

استقام إيجاب الضمان للمالك بمجرد إثبات اليد على الوجه الذي قلنا فلا معنى لاعتبار التعدي، والتعدي انما اعتبر لمعنى وذلك المعنى قد جعل بإثبات اليد ، وعلى أن يده على محل حق الغير لاتخلو عن التعدي ، والاعتماد على الأول .

وقد اعتمد كثير من أصحابنا على منع اليد وقالوا : منع اليد بمنزلة إزالة اليد بدليل مسألة المغرور ، ومَنْ سلك هذه الطريقة ينبغي أن يقول الموجب للضمان منع يد بإثبات يد حتى لايدخل شئ مما قالوه من الإلزامات .

وعذرهم عن المغرور في غاية الضعف ، بل ولد المغرور حر مطلق ولايتصور تقسيم الحرية فيقال :يثبت في حق شخص دون شخصٍ متى وجد سببها .

وأما مسألة الشهادة : فنحن نقول : المشهود بعتقه في حق جميع الناس إلا انه إذا اشترى حينئذ يعتبر مازعمه ويشهد به ، والذي قالوا : " ان وجوب الضمان كان بإجماع الصحابة " .

قلنا : وإجماع الصحابة كان لما بيّنا من المعنى وهو معنى مخيل لايترك له .

وعندي ان الاعتماد على الأول أولى ، وهو أصل المذهب .

وفي المسألة إلزامات كثيرة ، وأعذارهم عنها ضعيفة ، أعراضنا عنها ، لأن المعنى قد اتجه ، وهو معنى برهاني مقنع ، وفيه غنية عن الكل وقد قال بعض أصحابنا :

ان الضمان ثبت في الأصل ثباتاً مؤكداً فيسري إلى الولد كالملك وحق الإستيلاد ، وقرروا فصل الإستيلاد ، لأنه حق مبني على فعل من

المستولد، كما ان في مسألتنا الضمان حكم مبني على فعل من الغاصب .

وقد قال المخالفون :

ان الضمان في ذمة الغاصب ، ووصف العين بأنها مغصوبة نوع مجازٍ .

ألا ترى أن الضمان يبقى في الذمة مع فوات المحل المضمون ولايتصور بقاء الملك مع فوات المحل المملوك ، وكذلك في حق العتق بالإستيلاد ، وإذا كان الضمان محله ذمة الغاصب فالولد حصل من غير محل الضمان ولم يحصل من محل الضمان فلم تتصور السّراية .

وألزموا على هذا ولد المبيعة ، وقد ذكرنا ما هو المعتمد في المسألة ولايلزم ولد المبيعة على الطريقة ، لأن ضمانه ضمان عقدٍ ولا عقد في الولد ، وفي مسألتنا الواجب ضمان غصبٍ وقد وجد الغصب في الولد على ما سبق ، والله أعلم .



((مسألة))

منافع الأموال مضمونة بالغصب عندنا ، وسواء في ذلك أتلفها بالإستيفاء أو عطّلها بترك الإستيفاء .[1]

وعندهم : لايضمنها في الموضعين .[2]

لنـــا :

انها أموال مغصوبة أو متلفة فتكون مضمونة .

دليله : الأعيان ، وقد نازعوا في ماليتها ، ونازعوا في تحقق غصبها وإتلافها فزعم بعضهم : انها ليست باموال ، لأن المال ما يتموّل وتمول الشئ صيانته لزمان الحاجة ، وهذا لايتصور في المنافع لأنها إذا حدثت تلفت .

واستدل بعضهم : في انها ليست بمالٍ بمسائل منها :

انه لايتعلق بها حق غريم ولا وارث حتى لايعتبر خروجها من الثلث إذا أباح المريض بعض منافع أمواله لإنسان أو أعانه بنفسه في بعض أموره، وكذلك إذا كان على المريض دين ليس للغرماء أن يضمّنوا المباح له شيئاً .

---

(١) مختصر المزني مع الأم : ٣٨/٣ ، المهذب : ٤٨٧/١ ، النكتب ورقه ١٧٤/أ ، الحاوي : ١٦٠/٧ ، روضة الطالبين : ١٣/٥ .
وصورة ذلك : إذا غصب عبداً خبازاً مثلاً ، وأمسكه شهراً ، ثم رده إلى المالك : لايضمن منافع الشهر .

(٢) مختصر القدوري : ٤٤٤/١ ، الاسرار : ٢٨٧/٢/أ (مراد ملا) ، المبسوط :٧٨/١١ ، البدائع : ٤٤٠٩/٩ ، اللباب في شرح الكتاب : ٤٤٤/١ ، رؤوس المسائل ص ٣٥١ ، إيثار الإنصاف ص ٢٥٨ .

ومنها :

انه لو كان له مال يجري فيه الحول فاستبدل به منافع في الحوانيت أو الخانات ينقطع حول الزكاة ، ولو كانت أموالاً لم ينقطع ، كما لو استبدل بالأعيان أعياناً .

ومنها :

انه لو دفع حانوتاً إلى إنسانٍ ودراهم وقال : اتّجر بهذا الدراهم على هذا الحانوت تكون الدراهم قرضاً ويكون الإتجار على الحانوت إباحة ، ولو كانت المنافع أموالاً لوجب أن تستوي الصورتان .

وسلّم بعضهم : ان المنافع أموال ، ولكن قال : لايتحقق الغصب فيها ، لأنها إذا حدثت تلاشت فلا يتصور غصبها وهذا لأن الغصب إزالة يد المالك بيد الغاصب ، فإذا لم يبق في يد المالك كيف يتصور إزالة يده عنها بإثبات يد الغاصب ، وكذلك الإتلاف / لايتصور ، **١٥٠/أ** وأيضاً لأن الإتلاف قطع البقاء، والمنافع لاتبقى فلم يتصور قطع بقائها .

يبينه : ان الإتلاف حدّه : أن يرد على محلٍ يقبل البقاء لولا الإتلاف فيتلف بالإتلاف ، والمنافع تفنى كما توجد فلا يقبل الإتلاف ، وهذا لأنه لما كان واجب التلف عند الحدوث فلا يضاف تلفه إلى فعل الغاصب بل يضاف تلفها إلى نفسها ، لأنها واجبة التلف فلا يمكن إيجاب ضمانها على أحد .

قالوا : وأما العقد إنما جاز شرعاً لحاجة الناس وضرورتهم ولاحاجة إلى تحقيق الغصب .

يبينه : ان الغصب ظلم ، والظلم يمحق لا انه يحقق فلا حاجة إلى تحقيق الغصوب ، وقد مسّت الحاجة إلى تحقيق العقود .

قالوا : وفي الإجارة الفاسدة هو عندنا صحيح بأصله فاسد بوصفه فإنما يضمنه من حيث انه صحيح لا من حيث انه فاسد .

وأعلم انا نحتاج في هذه المسألة أولاً إلى إثبات المالية للمنافع ثم إذا ثبت احتجنا إلى بيان تحقيق غصبها وإتلافها .

فأما إثبات المالية فيمكن أن يقال : ان المال اسم لشئ غير الآدمي حلق لمصلحة الآدمي ، وهذا الحدّ موجود في المنافع ، أو يقال : ان المال اسم لما تقوم به التجارة في الأسواق القائمة بين الناس ومعلوم ان التجارات تقوم بالأعيان تارة، وبالمنافع أخرى .

والأولى من الدليل أن نقول :

إن المالية في الأشياء لاتعرف إلا بالشرع ، وقد قامت الدلائل الشرعية في ان المنافع مال ، والدليل عليه جواز الإعتياض عنها بالعقود ، وهذا لأن المعاوضات مبادلات أموال بأموال ولايتصور ورود عقد المعاوضة على ما ليس بمالٍ .

يدل عليه : ان المنفعة تصلح أن تكون صداقاً ، والصداق يختص ثبوته بالمال بدليل قوله تعالى : ﴿ **وَأُحِلَّ لَكُمْ مَا وَرَاءَ ذَٰلِكُمْ أَنْ تَبْتَغُوا بِأَمْوَالِكُمْ** ﴾ (١)

فنص على ان الإبتغاء يكون بالمال .

ويدل عليه : ان العبد المأذون يملك عقد الإجارة في أمواله ، ولولا انه من التجارة لم يملكه ، لأن المأذون في التجارة لايملك إلا التجارة ، وإذا كان

---

(١) سورة النساء آية (٢٤) .

من التجارة دلّ ان المنافع مال ، لأن التجارة مبادلة مال بمالٍ لطلبِ الربح .
ويدل عليه : ان الحيوان لايثبت في الذمة بدلاٍ من المنافع ولو كانت غير مال لثبت كما يثبت الحيوان في الذمة عندهم بدلاً عن النكاح ، والخلع والكتابة ، وهذا إلزام معتمد ، وأحسن الدليل هو التمسك بالعقد .
وإن زعموا انها لم تكن مالاً وصارت مالاً بالعقد ، فهذا محال ، لأن غير المال لايصير مالاً بالعقد كالخمر والميتة والدم .
فأما دليلهم الأول قولهم " ان المال مايتموّل " .

قلنا : لا ، بل المال ما جعله الشرع مالاً ، ثم التموّل موجود في المنافع حسب مايوجد في الأعيان .

يبينه : ان تقوّم الاعيان بالمنافع فيستحيل ان تقوّم غيرها ولاتكون لها قيمة في نفسها ، والإعتماد على ما سبق .
وأما المسائل التي تعلقوا بها :
أما الأولى : فقد منعها بعض أصحابنا وقال : يعتبر من الثلث ، وان سلمنا فإنما لاتعتبر من الثلث ، لأنها لو اعتبر اعتبر لحق الورثة وهي لاتبقى للورثة بعد الموت حتى يتعلق بها حقهم قبل الموت ، فلهذا كان من رأس المال .
وأما المسألة الثانية : فإنما انقطع الحول ، لأن المنافع ليست بمال الزكاة وإنما لم تكن مال الزكاة ، لأن محل الزكاة عرف بالشرع ، والله تعالى جعل محل الزكاة الأعيان ، فلو صارت المنافع محل الزكاة لكان بالقياس عليها ولامدخل للقياس في محل الزكاة كما لامدخل له في أصل الزكاة.
وأما المسألة الثالثة : لانسلّمها ، ونقول : إذا حكمنا بان الدراهم تكون قرضاً نحكم بأن الحانوت تكون له بأجرة ، ثم إذا ثبت لنا ان المنافع

أموال فنقول في تحقيق الغصب : ان الغصب اثبات اليد على الشئ على سبيل العدوان ، وهي ثابتة على المنافع ، لأن اليد تثبت على كل شئ بقدر الإمكان ، وقدر الإمكان في المنافع هو : أن يكون الشئ المتنفع به في يده حتى إذا حدثت المنافع حدثت في يده ، ولأن اليد تثبت على المنافع عقداً فتثبت غصباً كالأعيان .

وأما تحقق الإتلاف بالإستيفاء ، فإن الإستيفاء إعدام المنافع والإعدام إتلاف .

يبينه : ان المستوفى للمنافع مسبب لوجودها وتلفها بعد الوجود فيضاف إليه وجوداً وتلفاً ، كما يضاف إتلاف العين إلى المسبب لإتلافه .

وعلى هذا سقط قولهم " ان الغصب لايتحقق في المنافع " .

لأنا قد حققناه ، وكذلك الإتلاف .

يبينه : ان الأعيان لاتوجد من الإنسان إعدامها حقيقة ، لأن إعدام الأعيان لايدخل في قدرة العباد ، وانما يقدر عليه الرب تعالى . وغاية ما / يفعله البشر التسبب إلى إعدامها ، ويُعدّ ذلك إتلافاً ، **١٥٠/ب** كذلك المنافع .

وأما عذرهم عن العقد بالحاجة .

قلنا : تلزمكم الإجارة الفاسدة ولاحاجة في هذه الصورة .

فأما قولهم : " **ان الفاسد صحيح بأصله فاسد بوضعه** " .

قلنا : الإلزام على اعتبار الحاجة والإجارة الفاسدة ، وان قالوا : إنها صحيحة من وجهٍ لا من وجهٍ فلا تتصور حاجة إليها ، لاندفاع الحاجة بالصحيح منها .

وعلى ان الحاجة ههنا لتحقق الغصب لوجود الحاجة إلى حفظ حقوق

الناس ، والمنافع حق المغصوب منه وفي تضمينها حفظها على صاحبها .
وقولهم " إن العدوان يمحق لا انه يحقق " .

قلنا : العدوان قد تحقق بأخذ العين واستيفاء منافعها بغير إذن المالك إلا إنكم تقولون : هذا العدوان ليس بغصب فنحن نثبت صفة الغصبية بهذا العدوان لحاجة الحفظ لحقوق الناس .

والحرف : ان في نفي صفة الغصب إبطال حق المغصوب منه ،
فإن قالوا : ان العدوان ينفي بالتعزير والتأديب ، والحق يحفظ بإيجاب الثواب له في الآخرة ، وهذا لأنا نؤخر حقه إلى الآخرة لا أنا نبطل حقه ، وربما يكون حاجته إلى حقه في الآخرة أكثر من حاجته إليه في الدنيا .

الجواب :

إن التأخير إلى الآخرة ابطال في الدنيا ، والضمان واجب لئلا يبطل حقه في الدنيا ، وهذا لأن حقه ثابت في الدنيا فوجب أن يحفظ في الدنيا .
يدل عليه : ان التأخير إلى الآخرة إغراء الظلمة على أموال الناس ، وهل يرتدع ظالم بمثل هذا إلاّ على الأفراد ؟
ويقال لهم أيضاً : لاتعزّروه أيضاً بغصبه وأخّروا أمره إلى الآخرة ، لأنه إذا جاز أن يؤخر أصل الحق إلى الآخرة جاز أن يؤخر الردع ويحال على عذاب الآخرة .
فدل ان التعلق بأمثال هذا هذيان عظيم لايعتمد عليه فقيه .

وأما حجتهم :

بعد الطريقين اللذين قدمناهما وأجبنا عنهما : ان ضمان العدوان مقيد بالمثل نصاً ومعقولاً على ما عرف ، وليس بين المنافع والأعيان مماثلة ، فلا يجوز ايجاب الدراهم التي هي الأعيان بل أعزّ الأعيان بدلاً عنها .

والدليل على انه لامماثلة : ان المنافع أعراض تتلاشى كما تحدث ولاتقبل البقاء ، والأعيان باقية قابلة للبقاء وما يبقى خير مما يفنى ، ولأن الجواهر قائمة بذواتها والأعراض قائمة بالأعيان ، وما يقوم بالشئ يكون تابعاً له ولامماثلة بين التابع والمتبوع .

وحرفهم : ان التبع قط لايماثل أصله ، وما يفنى في الحال قط لايكون مثلاً لما يبقى الأزمنة الطويلة .

يدل عليه : ان اضمان للجبر، والأصل كيف ينجبر بفرعه ؟ هذا محال ، والأعيان كيف تجبر الأعراض ، فهذا غير معقول ، ولأن المنافع لاتضمن بالمنافع لعدم المماثلة من كل وجهٍ وان وجد التماثل في أصل الشئ فإن كل واحد منهما منفعة فلئن لايضمن بالدراهم والدنانير وقد عدم التماثل من كل وجهٍ أولى .

قالوا : ولايلزم منافع البضع حيث تضمن بالدراهم ، لأن منافع البضع قد التحقت بالأعيان بخلاف القياس تعظيماً لها على ما عرف بخلاف منافع سائر البدن .

ولايلزم إذا ضرب رأس إنسان فأصمّه أو أعماه حيث تجب الدية والفائت هو المنفعة ، لأن في هذه المسألة لايجب الأرش بتفويت المنفعة ، وإنما يجب باستهلاك العضو لأن بقاء العضو بحياته كما ان بقاء النفس بحياتها ، وحياة العين البصر ، وحياة الأذن هو السمع فيكون العمى هلاك البصر ، والصّمم هلاك الأُذن .

وربما يقولون : ان الأعضاء تعرف قائمة بكونها صالحة للانتفاع بها وتصير مستهلكة بخروجها من أن تكون صالحة للانتفاع بها ، كما في الذات .

قالوا : ولايلزم إذا أتلف ما يتسارع إليه الفساد حيث يضمنه الدراهم والدنانير ، وان كان بقاء هذا فوق بقاء ما أتلفه ، لأن كل واحد منهما قابل للبقاء إلا أن بقاء أحدهما أكثر فقد تساويا في أصل البقاء ، وإنما وجدت التفاوت هناك في مقدار البقاء .

وأما هاهنا التفاوت في أصل البقاء فمنع الضمان ، لأن ما يفنى لايماثل ما يبقى ، وهذا لأن المماثلة انما تعتبر حالة المقابلة وحالة المقابلة حال وجوب الضمان ، وفي حال وجوب الضمان كل واحد منهما موصوف بالبقاء فاستويا فتفاوتهما في البقاء بعد ذلك لايمنع وجوب الضمان .

وأما ههنا حال مقابلة الضمان بالمضمون لامساواة بينهما فلم يجز إيجاب الضمان .

قالوا : ولايلزم الأب والوصي إذا استأجرا شيئاً للصغير حيث يجوز ولو كان بينهما تفاوت لم يجز ، لأنه لايجوز له أن يبدل الأجود بالأدنى ، كما لايجوز أن يبدل / الجيد بالرديء ، لأن في هذه الصورة إنما **١٥١/أ** جاز لحاجة الصبي ، ويجوز صرف مال الصبي إلى ما هو من حوائج الصبي وإن كان لايحصل للصبي مال كما في النكاح ، وكما في تعليم القرآن والأدب ، ولئن يجوز ههنا أولى .

قالوا : ولايلزم ضمان العقد ، لأنه غير مبني على المماثلة ، ألا ترى انه يجوز أن يقابل الكثير بالقليل والجيد بالرديء بخلاف ضمان العدوان فإنه مقيد بالمثل .

قالوا : وأما الإجارة الفاسدة ، فالبدل فيه إنما يجب من حيث انه مشروع لا من حيث انه عدوان ، كما أن المبدل عندنا انما يملك بالقبض في البيع الفاسد من حيث انه مشروع ، وإذا كان وجوب الضمان في الإجارة

الفاسدة من حيث انه مشروع كان ملحقاً بالصحيح ، وقد بيّنا ان ضمان العقد غير مبني على المماثلة ، إنما ضمان العدوان مبني على المماثلة إلاّ انه لضعف العقد لم يجب المسمى فوجب ضمان نفسه وذلك هو القيمة إلاّ انه لاقيمة بدون العقد ، والعقد قد انعقد وإن كان فاسداً على ما عرف من مذهبنا فلم يكن بد من إيجاب عوض المنفعة والعقد ضعيف فلم يمكن إيجاب المسمى به فأوجبنا أقل البدلين فإن كان المسمى أقل أوجبنا ذلك ، لأن التسمية متناولة له وإن كانت الأجرة التي يتعارفه الناس لذلك وهي أجرة المثل بطريق المجاز أقل أوجبنا لئلا يخلو عن عوضٍ بعد انعقاد العقد الموجب للعوض فنوجب ماتيقنا به ونطرح ماشككنا فيه .

قالوا : ولايجوز أن يقال في اعتبار هذا التفاوت إبطال حق المالك لأن حقه لايبطل بل يتأخر إلى الآخرة ، وكم من الحقوق يتأخر إلى الآخرة نحو الشتم والأذى ! فلا يكون في التأخير إلى الآخرة ابطال حقه بل يكون معداً له إلى أن يصل إلى دار الجزاء .

فأما إذا قضينا على الغاصب بضمان فوق ما أتلف بطل حقه أصلاً لأنه يكون مستحقاً عليه بقضاء القاضي وما يستحق على الإنسان بقضاء القاضي الذي هو حجة الشرع لايصل إليه في الدنيا ولا في الآخرة .

فكان التأخير أهون من الإبطال .

قالوا : ولايجوز أن يقال إن الغاصب ظالم ، واعتبار جانب المظلوم أولى من اعتبار جانب الظالم ، وذلك لأن حق الغاصب فيما وراء ظلمه محترم معصوم ولايجوز تفويته ، وإنما يجوز استيفاء الضمان على طريق الإنتصاف فلا يترجح جانب المغصوب منه على جانبه فيما وراء ظلمه .

وقد استدل مشايخهم في المسألة : بحبس الحر حيث لايضمن الحابس منفعته ، وبحبس الجارية لاتضمن منفعة بضعها ، وسنجيب عنهما .

الجواب :

إنهم إذا سلموا المالية في المنافع وثبت تحقق الغصب والإتلاف بالوجه الذي قدمنا لم يبق لهم في المسألة متمسك .

والذي ادّعوا من عدم المماثلة إن عنوا فيما وراء المالية فمسلم ، وإن عنوا في المالية فلا نسلم ، لأن الأعيان والمنافع وإن اختلفتا في كل شئ ففي المالية واحد ، لأن المالية تعرف بالتقويم .

والمسألة مصورة فيما إذا قوّمت منافع الحانوت أو الدار بعشرة فإذا قوّمت بعشرة فلابد أن توجد المماثلة بين المقوّم وبين القيمة ماليةً ، إذ المماثلة ماليةً لايعرف إلاّ مثل هذا ، وإذا ثبت هذا فلا يبقى التفاوت بعد ذلك إلاّ مثال التفاوت في الصورة وذلك غير معتبر مثل التفاوت في صورة البيع وصورة الدراهم والدنانير .

فإن قالوا : لاصورة للمنافع " .

قلنا : لاندعي ان لها صورة لكن نقول إذا ثبت المماثلة ماليةً فلاينظر إلى التفاوت فيما سوى ذلك كما لاينظر إلى التفاوت صورةً في الأعيان ، وهذا لأن المنافع وإن تلاشت إذا وجدت فإنها تتلاشى وتنعدم إلى وجود أمثالها ، فصار الوجود مستداماً من حيث المعنى ، فأنا نعلم قطعاً إن الدار المتهيأة للسكنى لها منفعة مستدامة باقية ، وكذلك الثوب الصالح للبس ، والدابة الصالحة للركوب ، ومعنى الاستدامة والبقاء : هو ما بيّنا ان المنافع وإن تلاشت وفنيت بعد الوجود يكون عدمها إلى وجود أمثالها فأشبهت الأعيان الباقية بذواتها من هذا الوجه،

وهذا كما أن الأرض وما فيها يساوي في الوجود السماء وما فيها إلى أن تنتهي مدتهما ، وإن كان ما في الأرض يوجد ويفنى ، وما في السماء مستدام بقاؤه لأن ما في الأرض من الموجودات وإن كان يوجد ويفنى ولكن إلى موجودات أمثالها فجعل / كالموجود **١٥١/ب** المستدام، وأما مسألة الإتلاف فيما يتسارع إليه الفاسد ، فلازمة .

وقولهم : " **إن البقاء في الحال موجود لهما** " .

قلنا : بلى ، ولكن احدهما أبقى فإذا اعتبرتم التفاوت في أصل البقاء فاعتبروا التفاوت من حيث الأبقى ، كالجيد والأجود .

وكذلك ضمان المنفعة في الإجارة الفاسدة ، لازم .

ووجه اللزوم : انهم اعتبروا أجر المثل حتى إذا كان المسمى عشرة وأجر المثل خمسة يجب خمسة ، واعتبار أجرة المثل بلا مماثلة محال .

وأما تعلقهم بحبس الحر ، فليس بشئ ، لأن منافع الحر في يده كبنانه يكون في يده ، أما ما يضمن باليد لابد من ثبوت يد الضامن عليه حتى يضمنه بخلاف المنافع في مسألتنا فإنها في يد الغاصب ، كما أن أصل الشئ في يد الغاصب فمنافعه أيضاً تكون في يده كالمالك لما كانت العين في يده كانت المنافع في يده أيضاً ، فأما إذا يسخره لعملٍ فإنما يضمن ، لأنه إتلاف ، وفي الإتلاف لاتعتبر اليد .

فإن قالوا : أليس تثبت اليـــــد عقداً على منافع الحر ؟

قلنا : لا ، انما هي استحقاق مجرد العمل بلا ثبوت يد .

وأما مسألة منافع بضع الجارية فلأنها ليست في يد الغاصب أيضاً .

وقد بينّا في مسألة الخلوة ان منافع البضع شئ في الباطن لايتوصل إليه إلا بآلة مخصوصة فلا يتصور فيها الإستيفاء إلا بتلك الآلة ، فأما

ثبوت اليد عليها من قبل فمحالٌ ، وهو نظير الروح على ما ذكرنا في تلك المسألة .

ولهذا لايملك المغصوب منه العقد على منافع بضع الجارية المغصوبة بالتزويج، ولايملك العقد على منافع سائر الأعضاء بالإجارة ولأن منافع البضع لا تملك ملك الأموال بدليل انها لايورث ولاينقل إلى الغير عقداً فلا يضمن أيضاً ضمان الأموال ، وليس كسائر المنافع ، لأنها تملك ملك الأموال فيضمن ضمان الأموال ونعني بضمان الأموال ضمان الغصوب ، لأنها ضمان الأيدي .

وضمان الأيدي متمة بالأموال ، والله أعلم بالصواب .

((مسألة))

إذا استكره أمرأةً على الزنا ، وجب الحدّ عليه لله تعالى ، والمهر لها عندنا.[1]

وعندهم : لايجب المهر.[2]

والمسألة بناء على أن المنافع مضمونة بالإتلاف بدليل ما بينّا في المسألة الأولى ، ومنافع البضع متقوّمة بدليل تقومها بالعقد ، ولايتصور أن يضمن بالعقد مالايكون متقوّماً بنفسه ، وقد ذكرنا دليل تقوّمها في كتاب النكاح، وإذا كانت متقوّمة فيضمن بالإتلاف .

دليله : الأعيان .

يبنيه : انه بالوطء اعترض على حقين على حق الله تعالى بارتكابه النهي ، وعلى حق الآدمي وهو المرأة بإتلافه منافع بضعها ، فيجب الحدّ لله تعالى ، ويجب المهر لها ، مثل ما لو قتل إنساناً خطأ تجب الدية للآدمي والكفارة لله تعالى .

وأما حجتهم :

أما مشايخهم قالوا : اتلاف منفعة تمحض تعدياً فلا يوجب الضمان ، كما لو زنى بها وهي مطاوعة ، ولأن الوطء فعل واحد ، وقد أوجب الحدّ

---

(١) الأم : ٣/ ٢٣٠ ، مختصر المزني مع الحاوي : ١٦٣/٧ ، النكت ورقه ١٧٤/ب ، الحاوي : ١٦٣/٧ .

(٢) الأسرار : ٢/٢٨٩/أ (مراد ملا) ، كنز الدقائق مع البحر : ٥/ ٢٠ ، تبيين الحقائق : ١٧٨/٣ .

فلا يوجب المال ، وهذا لأن ما يندرئ بالشبهة ، وما يثبت مع الشبهة لايجوز وجوبها بفعل واحدٍ للضدية التي في الواجبين .

قالوا : ولايجوز أن يعتذر عن ما إذا كانت مطاوعة بوجود الرضا منها ، لأنا ننصور إذا كانت ساكتة ، والسكوت لايكون رضا في الإتلاف .

دليله : إذا قطع يد إنسان وهو ساكت لايكون رضا حتى انه يطالب بالأرش ، وأيضاً لو شرطت مالاً على الواطئ لايجب المهر ، وإن لم يرض باستيفاء منفعة بضعها مجاناً ، وإن كان السقوط بالرضا وجب أن ينظر إلى كيفية الرضا .

قالوا : وهذا لأن الرضا بالسبب الموجب للمهر لايوجب سقوط المهر بدليل الموطؤة بالشبهة والمفوضة يجب لها الصداق وإن وجد الرضا الذي يوجد هاهنا ، وهو السكوت أو الدعاء إلى الوطء .

وأما أبو زيد بنى هذه المسألة على أصل وهو ان منفعة البضع غير متقوّمة ، لأن المماثلة من شرط الضمان الواجب بالإتلاف ، ولامماثلة بين منافع البضع والمهر ، لأن منافع البضع ليست بمالٍ ، والمهر مال ، ولا مماثلة بين المال وبين غير المال .

إلا أنا أوجبنا المهر بالعقد ، وشبهة العقد بالنص ، ولأنا لو لم نوجب أدّى إلى إهانة البضع واسقاط خطره فوجب الضمان لصيانته عن الهدر .

وفي مسألتنا قد وجب الحدّ فوقعت صيانته عن الهدر فذهبت الحاجة الى صيانته بإيجاب المال فرجع إلى الأصل وهو أنها غير متقوّمة فلا يجب بإتلافها شئ ، وهو كالدم على أصولهم على / ما عرف في **١٥٢/أ** مسائل القصاص .

الجواب :

أما الأول : فتعلق بمجرد صورة ولأن صارت تلك الصورة دليلاً على حكمٍ، فالأولى أن يعتبر دليلاً على إيجاب المهر ، لأن الإتلاف بعدوانٍ آكدُ الأسباب في جملة الأحكام .

وأما إذا كانت مطاوعة فالسبب المسقط للمهر رضاهاباستيفاء منفعة البضع .

ووجه وجود الرضا هو التمكين ، فإن التمكين دليل الرضا في النساء بل هو حقيقة الرضا ، ولا شئ من النساء فوق هذا ، وقد وجد سواء كانت ساكتة أو مستدعية .

وأما قولهم : " **إذا شرطت المال** " .

قلنا : شرط المال باطل ، لأنه شرط في غير محله فصار كالعدم وبقى الوطء مع وجود التمكين فأشبه الحال إذا لم يكن شرطت المال .

وأما قولهم : ان سبب وجوب المهر إذا وجد لم يسقط بالرضا " .

قلنا : إذا خلص وجوبه لحقها فيسقط برضاها ، لأنها من أهل الإسقاط والرضا دليل الإسقاط ، وليس كالمفوضة والموطؤة بالشبهة ، لأن المهر وجب هناك لحق الله تعالى وحقها ، فإن البضع قد نطق به حكم الله تعالى على ما عرف ، فإذا وجب حقاً لله تعالى وحقاً لها لم يسقط برضاها .

وفي مسألتنا قد وجب الحدّ لحق الله تعالى فخلص المهر لها فيسقط برضاها.

وأما الذي قالوا : انه قد وجب الحدّ الذي يندرئ بالشبهة فلا يجب المهر الذي يجب مع الشبهة .

فهذا كلام جاهل ، لأن المهر لم يجب لاعتبار الشبهة عندنا حتى يكون عدمها مانعاً من وجوبها ، وإنما وجب باعتبار وجود الإتلاف سواء اتصل به الشبهة أو لم تتصل به الشبهة ، وأما الحدّ وجب بالإتلاف لكن بوصف خلوّه عن الشبهة .

فإذا ثبت هذا فإذا وطء بالشبهة وجب المهر ولم يجب الحدّ ، لأن الموجب للحدّ لم يوجد فإذا وطء الوطء الذي هو زنا قد وجد الموجب للحدّ على ما بيّنا ، والموجب للمهر على ما بينّا فاجتمع وجوبهما ولم يكن عدم الشبهة مانعاً من وجوب المهر لما بينّا انه لم يتعلق بالشبهة حتى يكون عدمها مانعاً .

وأما التعلق بالفعل الواحد .

فباطل ، لأن الفعل الواحد إذا اشتمل على معنيين يجوز أن يتعلق به واجبان كما سبق .

وأما طريقة أبي زيد فقد ذكرنا ان منفعة البضع متقومة .

وأما قولهم " ان المال لايماثل غير المال " .

قلنا : المعتبر هو المماثلة بقدر الإمكان وقد وجد ، لأن كل واحد من منفعة البضع والمال معصوم متقوم متنفع به ، وكذلك نقول في الدم : انه متقوم بالمال لوجود المماثلة بقدر الإمكان وقد بينا هذا في مسألة موجب العمد .

وأما المماثلة من كل الوجوه ليست بشرط بدليل الثياب والدواب مع الدراهم والدنانير .

فإن قالوا : « **لابد من كونهما مالين** " .

قلنا : ولِمَ ؟ بل ماذكرناه كافٍ ، وعلى انه إذا ثبت وجود

العصمة والتقوم في منافع البضع وجبت قيمتها وضمانها ثم ضمانها بما يضمن به سائر الأشياء وذلك المال ، كما لو قتل حراً يجب المال بهذا الطريق ، والله تعالى أعلم بالصواب .



((مسألة))

العقارات تضمن بالغصوب عندنا .[١]

وهو قول محمد بن الحسن .[٢]

وعند أبي حنيفة وأبي يوسف : لاتضمن .[٣]

لنا :

انها مغصوبة فتكون مضمونة .

والدليل على تحقق الغصب فيها الخبر وهو قوله عليه الصلاة والسلام (مَنْ غصب شبراً من الأرض طوقه من سبع ارضين يوم القيامة) .[٤]

---

(١) الحاوي : ١٦٦/٧ ، المهذب : ٤٨٨/١ ، النكت ورقه ١٧٥/أ ، روضة الطالبين : ٨/٥ .

(٢) الأسرار : ٢٨٦/٢/أ (مراد ملا) ، مختصر الطحاوي ص ١١٨ ، مختصر القدوري : ٤٣٨/١ ، المبسوط : ٧٣/١١ ، البدائع : ٤٤١٠/٩ . وهو قول أبي يوسف الأول ، إيثار الانصاف ص ٢٥٩ . وهو قول مالك وأحمد . انظر المغني : ٣٦٤/٧ .

(٣) الأسرار : ٢٨٦/٢/أ (مراد ملا) ، مختصر الطحاوي ص ١١٨ ، مختصر القدوري : ٤٣٨/١ ، المبسوط : ٧٣/١١ ، البدائع : ٤٤١٠/٩ ، رؤوس المسائل ص ٣٥٤ ، وهو قول أبي يوسف الأخير ، إيثار الانصاف ص ٢٥٩.

(٤) رواه البخاري في صحيحه : ١٠٣/٥ مع الفتح باب أهم من ظلم شيئاً من الأرض ، بلفظ (مَنْ ظلم) .

ومسلم في صحيحه : ٤٨/١١ ، ٤٩ مع النووي ، باب تحريم الظلم وغصب الأرض . والدارمي في سننه : ٢٦٧/٢ ، باب من أخذ شبراً من الأرض .

وأحمد في مسنده : ١٨٧/١ ، ١٩٠ .

وظاهر اللفظ على حقيقته إلى أن يقوّم دليل المجاز .
والمعتمد من المعنى هو : ان الأراضي محل ثبوت اليد فإن منعوا ، فالدليل عليها انها محل الملك فتكون محل يد الملك ، وهذا لأن الأملاك إنما تراد لمقاصد فيها ، وتلك المقاصد لايوصل إليها إلا بالأيدي فيها .
ويدل عليه : ان الأيدي المبنية على على العقود ثابتة فيها مثل يد البيع الصحيح والفاسد ، ويد الرهن والهبة وغير ذلك .
فإن زعموا وقالوا : ان اليد الحسيّة لاتتصور في الأراضي ، وإنما تتصور اليد الحكمية ، وفي الصور التي قلتم انما تثبت الأيدي الحكمية دون الأيدي الحسيّة ، وإنما أثبتنا اليد الحكمية لضرورات وحاجاتٍ ، وأما اليد في مسألتنا فلا حاجة ولا ضرورة في إثباتها فرجعنا إلى الأصل المعقول ، والمعقول الأصلي : ان اليد لاتتصور على الأراضي .
والجواب :
إن اليد الحسيّة متصورة ، وذلك لأن اليد الحسيّة في كل شئ على حسب الإمكان ، ألا ترى أن أكثر المنقولات لايتصور الاشتمال **/ ١٥٢/ب** عليها بالبراجم من الدواب والجواري ، والغلمان والأشياء الثقيلة ، وإنما يتصور الأشتمال بالبراجم في أشياء معدودة ، وقد ثبتت اليد في الكل بالإتفاق فصارت اليد الحسيّة ثابتة بأحد وجهين :
إما الإشتمال على الشئ بالبراجم ، أو التمكن من الشئ حفظاً وتصرفاً وانتفاعاً ، وإن شئت عبرت عن هذا فقلت :
الإستيلاء على الشئ بأقصى الوسع ، وهو الذي قلناه من التمكن فثبتت اليد الحسيّة من هذا الوجه .

وأما أيدي الأملاك والعقود لازمة .

وقولهم " **ان تلك الأيدي أيدي حكمية** " .

قلنا : لا ، بل الثابت أيدي حسيّة ، وعلى ان الشئ إنما يقدر حكماً إذا تصور حسّاً ، وأما إذا لم يتصور حسّاً فلا يقدر حكماً .

ونستدل أيضاً بثبوت اليد الحسيّة على الأراضي باستيلاء المسلمين على أراضي الكفار ، فإنها تملك باستيلائهم عليها وليس الإستيلاء إلا إثبات الإيدي .

والمعتمد ما ذكرنا من الحقيقة .

وإذا ثبت ان اليد تثبت على الأراضي فنقول حدّ الغصب : إثبات اليد على وجه العدوان .

وقد حصل في العقار فجعل مضموناً بوجود سببه .

وأما حجتهم :

ادّعوا عدم تحقق الغصب في العقار فلا يصير مضموناً ضمان الغصب لأن ضمان الغصب لايجب إلا بالغصب .

والدليل على عدم تحققه ان حدّ الغصب : إزالة يد المالك باثبات يد نفسه على ما سبق في مسألة ولد المغصوبة ، وإزالة يد المالك لاتوجد في العقار إلا بمنع المالك منه وتبعيده .

فأما بنفس إثبات اليد لاتزول يد المالك ، لأن نهاية ما يوجد من الغاصب في العقار من إثبات اليد هو زراعته الأرض أو سكناه الدار وبهذا لا تزول يد المالك ، لأن الغاصب ان زرع من جانب فالمغصوب منه يزرع من جانب آخر، وان سكن الدار من جانب فالمالك يسكن من جانب آخر .

فدل انه لاتوجد إزالة يده إلاّ بمنعه من العقار وتبعيده عنه ومنع المالك وتبعيده عنه ليس من فعل الغاصب في شئ ، لأن الغصب فعل في المال المغصوب ، لأن مال المغصوب محل حكمه وهو الضمان فيكون محل فعله أيضاً ليتّحد محل السبب وحكمه مثل سائر الأسباب وأحكامها .

وأما التبعبد والمنع فعل في المالك فلا يكون من الغصب فجعلت إزالة يد المالك بفعل ليس بغصبٍ وإذا كان الغصب لايوجد إلاّ بإزالة يد المالك ولم يوجد بفعل الغصب إزالة يد المالك لم يجب الضمان المتعلق بالغصب ، هذا غاية تحقيقهم في المسألة .

قالوا : وهذا بخلاف المنقول ، لأن إزالة يد المالك يحصل بفعل الغصب وهو أخذ المنقول ونقله .

قالوا : وأما الأيدي في العقود تثبت شرعاً على ما سبق .

يبينه : إن ضمان العقود ضمان إلتزام ، وصورة الإلتزام توجد في العقار والمنقول على وجهٍ واحد .

وأما مسألتنا فضمان فعل حسّي ، وقد بينّا حدّه وعدم وجوده .

قالوا : ولايلزم إذا جحد الوديعة ، لأن إزالة اليد قد وُجد هناك بطريق المعنى ، لأن قصر اليد قد وُجد على ما ذكرنا وقصر اليد بمنزلة الإزالة لليد .

قالوا : ولايلزم إذا ركب دابّة وتلفت تحته من غير تسيير ، لأن الضمان هناك ضمان اتلاف لا ضمان غصب ، ولهذا المعنى لو ركب حرّاً وتلف تحته يضمن .

والكلام في ضمان الغصب لا في ضمان الإتلاف .

وكذلك الضمان الواجب بالشهادة الباطلة هو ضمان إتلاف ، والمراد من

الإتلاف : إتلاف الملك .

ولهذا المعنى قلنا : إذا شهد الشهود بالأرض التي في يد إنسان ثم رجعوا ضمنوا .

قالوا : ولايلزم المسألة التي ذكرناها في الزيادة وهي : أنه لو وَهَبَ داراً لإنسان فيها طعام كثير وسلم إلى الموهوب له فلم ينقله حتى تلف في يده فاستحقه إنسان فإنه يضمن الموهوب له ما تلف في يده من الطعام وإن لم ينقله ، لأن هذه المسألة على قول محمد لا على قول أبي حنيفة ، وعلى أن يد الواهب تثبت بالنقل وقد جعلها الواهب للموهوب له فصار كأنها حصلت بنقل من جهته .

وأكثر هذه المسائل مذكورة للتخريج على الجواب المذكور الذي ذكروه عن المنقول .

وقد تعلق كثير منهم بعدم ثبوت اليد الحسيّة على العقار .

واستدلوا عليه بعدم تصوّر النقل وقالوا : الشئ إذا وجد في محلٍ لايتصوّر في محل آخر إلاّ بنقله عن المحل الأول إلى المحل الثاني ، بدليل الدرة في كف إنسان لايتصوّر وجودها في كف آخر إلاّ بالنقل والعقار / لاينقل ولايحول ولايد حسّاً عليه . **١٥٣/أ**

قالوا : وأيدي العقود أيدي شرعية وقد مسّت الحاجة إلى إثبات تلك الأيدي فأثبتها الشرع لوجود الحاجة ، ولاحاجة إلى إثبات اليد للغاصب على العقار ، لأنها يد عدوانٍ وسبيل يد العدوان أن تمحق لا ان تحقق .

وقد ذكرنا مثل هذا في المسألة الأولى .

قالوا أيضاً : يجوز أن تثبت يد العقد بمالاتثبت به يد الغصب

بدليل مسألة التخلية ، وذكروا المسألة المعروفة وهي : أن مَنْ اشترى شيئاً وخلى البائع بينه وبين الشئ يصير المشتري قابضاً ، ولو استحقه إنسان وقد تلف في يد المشتري ليس للمستحق أن يضمنه ولم تثبت بالتخلية يد الغاصب .

واستدل مشايخهم بمسألة وقالوا : لو دخل دار إنسان بغير إذنه لينظر إلى جدرانها فانهدمت الدار عقيب دخوله لا ضمان عليه ، وبمثله في المنقول : لو لبس ثوب إنسان لينظر هل يصلح عليه أم لا من غير اذنه ؟ فهلك يكون الضمان واجباً عليه .

وبعضهم عبّر عن هذا وقال : لو كان العقار يضمن بالإستيلاء لكان يضمن بأول أسباب الإستيلاء كالمنقول ، وذكروا هذه المسألة المذكورة .

الجواب :

إنا قد ذكرنا بيان وجود الغصب .

أما قولهم : " ان حدّ الغصب : أخذ يزيل يد المالك بإثبات يده " .

لانسلم ، بل الغصب مجرد إثبات اليد ، وقد سبق بيان هذا في المسألة المتقدمة بما فيه كفاية .

فإن رجعوا إلى قولهم " ان اليد الحسيّة لاتثبت على العقار ، قد بينّا ثبوتها والإلزام بيد العقد متوجهة .

وما ذكروه من قولهم " ان ثبوتها للحاجة " .

يبطل باليد في البيع الفاسد تثبت ولاحاجة ، فإن الغنية قد وقعت بالعقود الصحيحة عن العقود الفاسدة قطعاً ، وكيف يمكن إثبات حاجة في البيع الفاسد والبائع منهي عن تسليم الشئ إلى المشتري والمشتري مأمور بعد القبض بالرد على البائع ؟ وعلى ان ههنا تمس الحاجة أيضاً

إلى تحقيق اليد لحفظ حقوق الناس وأموالهم على ما سبق .

وأما مسألة التخلية : فلا نسلمها على أحد الوجهين .

وبيان المنع : أنا لو جعلنا التخلية قبضاً في حق المشتري جعلناها قبضاً في حق المستحق ، وإلاّ فلا نجعلها قبضاً في حق أحدٍ .

ولئن سلمنا لهم أن حدّ الغصب ما قالوه ، فأزالة يد المالك قد وجد . لأن يد الغاصب إذا ثبتت على كل العقار فلابد من زوال يد المالك .

وقولهم " **ان زوال يده بمنعه** " .

قلنا : لا ، بل منعه بإثبات يده ، وعلى أن منع المالك المتصل بإثبات اليد على الشئ عندنا غصب .

وخرّج على هذا حبس الحر ومنعه من أملاكه .

والمعتمد من الجواب على هذا : التسليم ان فعله وإن وجد في المالك ولكن لتتميم الغصب ، وما يتم به الغصب يكون من الغصب .

ألا ترى ان جحود الوديعة ليس بفعل في المال الذي في يده ـ المودع ـ . ولكن لما حصل به قصر يده وجب به الضمان .

ومعلوم ان الغصب وإن كان فعلاً في المحل فلابد من فعل يوجد ، ولايتصوّر أن يكون القول غصباً ثم القول الذي يحصل به قصر يده يجب به الضمان ، فالفعل الذي يحصل به إزالة يده وإن كان في المالك ، لأن يوجب الضمان أولى .

وأما المسألة التي تعلقوا بها أخيراً وهي مسألة دخول دار الغير .

قلنا : إن دخل بقصد الإستيلاء يضمن .

فإن قالوا : لِمَ اعتبرتم به القصد ؟

قلنا : لأن صورة الدخول قد تكون استيلاءً ، وقد تكون غيره .

ويجوز أن يعتبر القصد في مثل هذا كمنْ نصب شبكة في الصحراء فتعقل بها صيد إن قصد بذلك تملُك الصيد يملك وإن لم يقصد لم يملك ، وكذلك اغلاق الباب على الطير .

وأما لبس ثوب الغير فالضمان هناك يتعلق بصورة الأخذ وقد وجد ، وهاهنا غير متعلق بصورة ، وإنما هو متعلق بدخول يكون استيلاءً ولايوجد ذلك إلا بالقصد والله أعلم .

((مسألة))

اذا غصب ساجة [١] وأدرجها في بنائه لم يملكها الغاصب عندنا . [٢]

وعندهم : يملك . [٣]

لنـــا :

إن ادخال الساجة في البناء عدوان محض فلا تملك به الساجة .

دليله : أصل الغصب ، وهذا لأن الملك المشروع لايثبت إلا بسبب مشروع ، فإذا كان الفعل عدواناً محضاً لم يملك به .

فإن قالوا : ان المشروعات يجوز أن تثبت بالعدوانات كالحدود .

قلنا : نعم ، ولكن تثبت بها مشروع ردعٍ وزجرٍ ، فأما مشروع نعمةٍ فلا ، والملك نعمة من الله تعالى فلا تستفيدها بإرتكاب/ **١٥٣/ب** نهي الله تعالى ، وهذا لأن أسباب النعم من الله تعالى مطلوبة محبوبة ، فكيف تثبت النعم بأسباب منهية مزجورة ؟ .

---

(١) السّاجة والسّاج : خشب أسود رزين يجلب من الهند ولا تكاد الأرض تبليه والجمع سيجان . انظر المصباح المنير مادة (الساج) .

(٢) مختصر المزني مع الحاوي : ١٩٨/٧ ، الحاوي : ١٩٨/٧ ، المهذب : ٤٨٩/١ ، النكت ورقه ١٧٥/ب ، روضة الطالبين : ٥٤/٥ .

وهو قول الإمام مالك وأحمد . انظر الاشراف للبغدادي : ٤٦/٢ ، المغني :

(٣) مختصر القدوري : ٤٤١/١ ، الأسرار : ٢/ (مراد ملا) . المبسوط : ٩٣/١١ ، بدائع الصنائع : ٤٤١٧/٩ ، رؤوس المسائل ص ٣٤٩ إيثار الإنصاف ص ٢٦٠ .

فإن قالوا : ان محض العدوان لايوجد في إدخال السّاجة في البناء ، لأنه بناء والبناء مشروع ، وإنما العدوان في استعماله ألة الغير فلا يوجب محض العدوانية ، كما لو اصطاد بقوس الغير أو ذبح الشاة بسكين الغير .

قلنا : البناء على ساجة الغير عدوان محض ، والكلام في هذا الموضع وهذا لأن الساجة عندكم تملك بفعلٍ منه في السّاجة وفعله منه في الساجة وان اتصف بالبناء إلا انه عدوان كفعله الأخذ ابتداءً ، ولايجوز أن يعتبر كون البناء مشروع في الأصل ، لأنه لو اعتبر مثل هذا لم يتصوّر تحقق العدوانية في فعلٍ ، لأنه ما من فعلٍ من زنا أو قتل أو سرقة وغيرها من الجرائم إلاّ ويوجد مثله مباحاً ، ولكن اعتبر الفعل الخاص في هذه المواضع ، وتحقق كونها جريمة محضة من غير شبهةٍ ، وكما لايعتبر هناك كون تلك الأفعال في الجمله مشروعاً ، كذلك ههنا لايعتبر كون البناء في الجملة مشروعاً ، وإذا ثبت ان الغاصب لم يملك السّاجة ، وهي قائمة بعينها وجب ردها .

وأماحجتهم :

قالوا : اجتمع في البناء حقان : حق الغاصب في البناء ، وحق المغصوب منه في السّاجة . وكل واحد من الحقين معصوم محترم ، ولايمكن توفية واحد من الحقين إلاّ باسقاط حق الآخر ، لأن المسألة مصورة فيما إذا كان نزع السّاجة يؤدي إلى هلاك البناء وتبقيه البناء تؤدي إلى اسقاط حق المالك في السّاجة فنقول :

بناءآن ينظران حق أيّهما أولى بالتقديم فنقول : حق الغاصب أولى بالتقديم ، لأن حقه قائم من كل وجه وحق المغصوب منه في السّاجة قائم من

وجهٍ دون وجه .

وإنما قلنا ذلك ، لأن البناء قائم من كل وجه ، والسّاجة هالكة من وجهٍ قائمة من وجهٍ ، لأنها كانت منقولة فصارت عقاراً . بدليل وجوب الشفعة فيها ، والعقار غير المنقول ، وإذا صار شيئاً آخر فقد هلكت من حيث كانت منقولة، لأنها كانت قائمة بنفسها والآن صارت تبعاً لغيرها ، والتبع غير المتبوع فصارت هالكة من حيث إنها كانت متبوعة ، ولهذا المعنى تدخل في بيع غيرها من غير ذكرها ، وكذلك يجوز بيعها من غير رؤيتها ، لأنها صارت تبعاً لغيرها فوقعت الغنية برؤية المتبوع عن رؤية التبع فثبت ان حق المغصوب منه هالك من وجهٍ قائم من وجهٍ .

وأما حق الغاصب قائم من كل وجهٍ فكان حفظ حق مَنْ حقه قائم من كل وجهٍ أولى من حفظ مَنْ حقه قائم من وجهٍ دون وجه وإذا حفظنا حق الغاصب في البناء ، فلابد من اسقاط حق المغصوب منه في السّاجة ، كما بينا من تعذر تبقية الحقين وإذا سقط حقه فيها انتقلت ملكاً إلى الغاصب قطعاً .

قالوا : ولايجوز أن يقال : ان الغاصب ظالم فإسقاط حقه أولى ، لأنه وان كان ظالماً ولكن ظلمه حرام انما الواجب الإنتصاف منه ، فأما إهلاك حقه في البناء حرام وقد أمكن توفية حق المغصوب منه مع ابقاء حق الغاصب في البناء بغرامة قيمة الساجة فكأن أولى من إهلاك حقه في البناء، ولأن حق المغصوب منه يفوت إلى خلف ، والخلف ينزل منزلة الأصل ويأخذ موضعه في حق المغصوب منه .

وأما حق الغاصب في البناء فيهلك من غير خلف فكان الأول أولى .

قالوا : وليس كما لو غصب ساجة وبنى عليها ، لأن حق

المغصوب منه قائم من كل وجهٍ ، وكذلك حق الغاصب فرجحنا حق المغصوب منه ، لأنه صاحب المتبوع ولأنه مظلوم والغاصب ظالم .

وتعلقوا من حيث الإستشهاد بما لو غصب خيطاً فخاط بطن نفسه أو بطن غلامه ، فإنه ينقطع حق المغصوب منه في الإسترداد ويؤمر الغاصب بغرامة قيمة الخيط وصار الخيط ملكاً للغاصب .

الجواب :

ان طريقتكم مبنية على ان حق المغصوب منه قائـــم من وجه هالك من وجهٍ .

وليس كذلك ، لأن الوجود يعرف بالحسّ والعيان ، وهي قائمة حسّاً وعيانا ، ولأنه لم يوجد إلاّ ادراجها في تضاعيف البناء ، وإدراج الشئ في تضاعيف غيره لايهلكه كإدراج الثوب في تضاعيف الثياب ، وهذا لأن الخشبة لمنفعة البناء واستعمال الشئ في المنفعة / التي خلق **١٥٤/أ** لها لايوجب إهلاكه كالانتفاع بجميع الأشياء سوى السّاجة لايوجب اهلاكها والمعتمد إنها قائمة حسّاً ، فمن ادّعى هلاكها حكماً فعليه الدليل .

وقولهم : " **كانت منقولة فصارت عقاراً** " .

ليس كذلك ، لأن احدهما لايصير الآخر بحالٍ .

وقولهم : " **تجب بالشفقة فيها** " .

قلنا : انما كان كذلك لإتصالها بالعقار ، لاأنها صارت عقاراً .

والشفعة تجري في المنقول المتصل بالعقار ، لأنه يوجد فيه سبب وجوب الشفعة ، فأما في المنقول الذي لايتصل بالعقار لايوجد المعنى الموجب للشفعة فلأن ما قلتم يؤدي إلى انه إذا خرجت الساجة من البناء عادت

منقولاً فتنقلب مرة أخرى عقاراً ومرة منقولاً ، وهذا محال ، فدلت انه منقول كما كان إلا انه لما اتصل بالعقار من حيث البناء بها أخذ حكمها .

وقولهم " انها صارت تبعاً وكانت متبوعة " .

قلنا : السّاجة جزء من أجزاء البناء وأجزاء البناء لايكون بعضها تبعاً للبعض ، وعلى انها ان كانت تبعاً فإنما يصح هذا إذا كانت الساجة ملكاً له ، فأما إذا كانت ملكاً لغيره لاتصير تبعاً له كالجنين إذا كان لغير صاحب الأم لايكون تبعاً للأم ، بدليل أن بيع الأم لايوجب دخول الجنين في بيعها تبعاً له في هذه الصورة ، بل البيع لايجوز أصلاً .

وأما سراية العتق لم تكن لأجل التبعية ، ألا ترى إنه يسري من أحد النصفين إلى النصف الآخر ولم يكن تبعاً له .

وأما جواز بيع البناء مع عدم رؤيتها فليس لأنها صارت تبعاً له ، بل لأن العبرة برؤية تفيد العلم بالمبيع وهذا يحصل بدون رؤية الساجة .

وهذا كمن يكتفي برؤية ظاهر الصبرة دون باطنها وان لم يكن الباطن تبعاً ، فدل بما قلناه انه ليس لما قالوه وجه من حيث المعنى .

وأما مسألة الخيط فعندنا : الغاصب لايملك الخيط وانما سقط حق الرد في الحال لحق الآدمي في نفسه ، وهذا لأن الآدمي له حرمة في نفسه لايوجد مثل هذه الحرمة للآدمي ، ألا ترى انه إذا خاف الهلاك على نفسه يباح له طعام الغير وحيوان الغير ولايباح له قتل الآدمي بحال ، وكذلك في السفينة إذا خيف غرقها لايباح طرح الآدمي بحال ويباح طرح غير الآدمي من المال والحيوان .

فدل ان اتلاف غير الآدمي لغرض صحيح يتصل بغيره واتلاف الآدمي لايجوز بهذا الوجه بحال ، وإنما يباح اتلافه لجناية توجد منه ، ولم يوجد

في مسألتنا من الآدمي الذي خيط بطنه جناية وفي رد الخيط إتلافه فسقط حق الرد .

وأما في مسألتنا فإن اتلاف المال يجوز لغرض صحيح ، وقد وُجِدَ ههنا غرض صحيح وهو ايصال الحق إلى مالكه فوجب أن يجوز اتلاف هذا المال لهذا الغرض ولايبالي به فقد تبين الفرق بين الصورتين . والله أعلم .

((مسألة))

إذا غصب حنطة فطحنها أو شاة فذبحها وشواها ، أو ثوبا فقطعه وخاطه ، أو غزلاً فنسجه كان كل ذلك للمغصوب منه عندنا ، ولم يملكها الغاصب .[1]

وعندهم : يملكها .[2]

وكذلك إذا غصب بيضة فحضّنها تحت دجاجة أو بذراً فزرعه أو نواة فغرسها حتى صارت شجرة .

لنا :

ما ذكرنا في المسألة الأولى ، وهذا لأن ملك الغاصب لابد له من سبب ، وهذه الأسباب عدواناً فلا تصلح سبباً للملك وإذا لم يملكها الغاصب كانت للمغصوب منه ، لأن الموجود دقيق حنطته ، ولحم شاته ، وثوب غزله ، وقميص ثوبه فكانت له ، وكذلك في البيض الموجود فرخ بيضه وزرع بذره والفروع تكون لصاحب الأصول .

يبينه : انه إذا سقط فعل الغاصب في ثبوت الملك في هذه الأشياء فصار

---

(١) الأم : ٢٢٦/٣ ، مختصر المزني : ٤١/٣ (مع الأم) ، المهذب : ٤٨٨/١ ، ٤٨٩ ، النكت ورقه ١٧٥/ب ، الحاوي : ١٩١/٧ ، ١٩٤ ، ١٩٧ ، روضة الطالبين : ٤٦/٥

وهو المذهب عند الحنابلة ، انظر المغني : ٣٨٧/٧ .

(٢) مختصر القدوري : ٤٤٠/١ ، ٤٤١ مع الجوهرة ، الاسرار : ٢٩٢/٢/أ (مراد ملا) المبسوط : ٨٥/١١ ، البدائع : ٤٤١٦/٩ ، إيثار الإنصاف : ص ٢٥٧ ، رؤوس المسائل ص ٣٥٥ .

الدقيق كأنه من حنطة الإنسان إنثالت في طاحونة انسان فيكون لصاحب الحنطة بالإتفاق ويصير في الشاة والثوب كأن المالك إذن له في ذلك أو فعله هذا الإنسان على ظن انه له فإذا هي لغيره ، وتصير البيضة كأن الدجاجة حضنتها بنفسها ، وفي البذر كأن الريح هبت ببذر إنسان ففرقته في أرض إنسان فإن الزرع والفرخ يكون لصاحب البذر والبيض ، كذلك هاهنا .

وأما حجتهم :

تعلقوا بحديث رووه من طريق عاصم بن كليب ان النبي ص كان في ضيافة رجل من الأنصار فقدمت له شاة مصلية فأخذ منها لقمة فجعل / **١٥٤/ب** يلوكها ولا يسيغها ثم قال : ان هذه الشاة تخبرني انها ذبحت بغير حق ، فقالوا ؛ شاة جار لنا ذبحناها لنرضيه بثمنها ، فقال : اطعموها الأساري " .[1]

ولولا انهم ملكوها لكان أمر بأن ترد إلى مالكها وان كان غائباً لكان يأمر بإمساكها بعينها لمالكها ان أمكن أو بيعها وإمساك ثمنها ان تعذر الإمساك .

وأما عندنا : فقد ملكها الآخذ لكن أمر باطعامها الأُساري ، لأن الكسب كان خبيثاً ، والحاصل بالكسب الخبيث سبيله الصدقة عندنا .

---

(١) رواه أبو داود في سننه : ٦٢٧/٣ مع المعالم ، باب في اجتناب الشبهات والدارقطني في سننه : ٢٨٩/٤.
وأحمد في المسند : ٣٩٣/٥ . وكلهم رووه مرسلاً .
انظر تخريجه وطرقه في : نصب الراية : ١٦٨/٤ .

وأما المعنى :

قالوا : العين المغصوبة صارت هالكة بدليل زوال الاسم والصورة والمعنى . أما الاسم : فلا إشكال ، وأما الصورة : فلأن صورة الدقيق غير صورة الحنطة .

وأما المعنى : فلأن معنى كل شئ ما خلق له الشئ ، والذي خلق له الشئ هو ما يصلح له الشئ ، والحنطة انما تصلح للبذر والقلي والهرس وهذه الأشياء قد فاتت .

فأما الخبز فهو منفعة الدقيق لامنفعة الحنطة .

قالوا : وإذا هلكت العين التي غصبها بالوجه الذي بينّا فصار العين الثانية حاصلة بفعل الغاصب فتكون له .

يبينه : ان الدقيق جنس غير جنس الحنطة ، ولهذا لو تجوّز به في السلم لايجوز ويصير استبدالاً .

وأما جريان الربا بينهما كان بجهة الاحتياط لحرمة الربا والجنس وان اختلف على ما ذكرنا فشبهة اتفاق الجنس موجودة ، وقد اكتفى بالشبهة في باب الربا .

وإذا ثبت انهما جنسان مختلفان فلابد من هلاك الأول ليحصل الثاني ، وقد هلك الأول وحصل الثاني بفعل الغاصب فكان الثاني له وعليه ضمان ماهلك .

قالوا : وكذلك في الشاة التي ذبحها وشواها ، وفي الثوب الذي قطّعه وخاطه .

وزعموا : ان الذي يصلح له الحيوان شئ آخر ، والذي يصلح له المشّوى شئ آخر ، والمطبوخ بعد الذبح والنئ والطبخ شئ آخر .

وكذلك زعموا في الكرباس والقميص وادّعوا في جميع هذه الصور ان العين الأولى هلكت وماليتها فاتت ، والحادث عين جديدة بمالية جديدة .

قالوا : وكذلك في البيض والبذر ، ولعل كلامهم في هاتين الصورتين أظهر لأن الفرخ غير البيض قطعاً ، وكذلك الشجرة والسنبلة غير البذر قطعاً .

وكذلك النخلة مع النواة فلاشك أن العين الأولى هلكت وحدثت عين أخرى غير الأولى .

قالوا : وينسب حصول الزرع والفرخ الى فعل مُحضّن البيضة والمُلْقي للبذر وإن كان في الحقيقة هو صاحب الشرط والفاعل على الحقيقة هو الله تعالى والعمل للطبائع الأربعة بتسخير الله وتقديره ولكن نضيف الفعل الى الموجد للشرط وهو الفاعل لتحضين البيضة وهو المُلْقي للبذر على الأرض ، لأن الكلام راجع إلى معنى شرعي وهو ثبوت الملك للآدمي في الفرخ والزرع فإذا أمكن اضافته إلى مكلف بالشرعيات لايترك هذه الإضافة ، كما لو حفر إنسان بئراً فوقع فيها إنسان يجب ضمانه على الحافر وان كان وقوعه وهلاكه كان بعلة ثقله ، ولكن الحافر لما كان هو حصّل شرط الوقوع بحفره أضيف إليه ، لأن الكلام في حكم شرعي وهو الضمان ، وقد أضيف إليه ، كذلك ههنا .

الجواب :

أما خبر عاصم بن كليب ، فخبر مرسل ، ولانقول بالمرسل . وعلى انه ليس في الخبر دليل على ملك الغاصب ، وإنما أمره ص بإطعام الأساري ، لأنه لم يوجد المالك ، ولم يوجد مَنْ يشتريها فأمر بالتصدق بها حتى إذا

جاء المالك إن شاء اختار أخذ قيمة الشاة وإن شاء اختار الأجر .

وأما المعنى الذي اعتمدوا عليه .

ففي نهاية الضعف ودعوى هلاك العين المغصوبة غير معقول المعنى ، وهذا لأن هلك الشئ باعدامه ، وإعدامه لايتصور من العباد ، وإنما الهلاك المتصور من العباد هو جعل الشئ على وجهٍ لاتبقى له منفعة ، وهذه الأفعال طرق الإنتفاع بهذه الأعيان ، لأن طحن الحنطة للوصول إلى منفعة الأكل ، وهذا لأن الحنطة قوت والأكل تقوت والطحن طريقه .

والذي قالوا : ان منفعة الحنطة شئ آخر ، ومنفعة الدقيق شئ آخر .

هوس عظيم ، فإن منفعة الحنطة ليست إلاّ الأكل ، وطريق أكلها الخبر والطحن ، وكذلك في الشاة منفعتها الأعظم الأكل وطريقها الذبح والطبخ ، وكذلك الغزل مع الثوب ، والكِرَباس[1] مع القميص .

يبينه : انه كيف يستجيز عاقل أن يقول : إن العين قد هلكت وانما الموجود بالطحن تفريق أجزاء العين ، وكذلك في الشاة وتفريق أجزاء العين لايهلك العين معقولاً ، وإذا لم يفت المنفعة لايوجب الهلاك أيضاً محكوماً ومشروعاً .

وأما فصل البيض والفرخ / والبذر والشجر فنقول : **١٥٥/أ**

ان العين الأولى وان هلكت لكن العين الثانية خلقها الله تعالى منها فيكون لصاحب الأصل على ما ذكرنا في حجة أصحابنا .

وقولهم : " **إنه حصل الفرخ والزرع بفعله** " .

---

(١) الكِرَباس : الثوب الخشن ، وهو فارسي معرب ، بكسر الكاف . انظر: المصباح المنير مادة (الكرباس) .

قلنا هذا خلاف ما يعتقده أهل السنة بل حصـل بفعل الله تعالى من أصل هو للمغصوب منه فيكون الفرع لصاحب الأصل وهذا كما لوغصب جارية فأولدها الغاصب ولداً فإنه يكون الولد للمغصوب منه بالطريق الذي قدمناه .

يبينه : ان فعل الغاصب بالوطء أظهر في حصول الولد من فعل مَنْ يحضن البيضة تحت الدجاجة في حصول الفرخ وفعل مَنْ يلقى النواة في الأرض في حصول الشجرة ، لأن الولد لايتصور حصوله إلاّ بفعل الوطء ، وقد يتصورّ نبات الشجرة من النواة وخلق الفرخ من البيضة من غير توسط فعل أحد على ما سبق .

فإن قالوا : الفعل في الولد للأم وقد سقط جانب الأب بالشرع فيكون الولد للأم ثم يستحقه المالك عليها إذا كانت رقيقة .

قلنا : هذا أمحل من الأول ، لأنه لافعل للمرأة في الوطء والتمكين ليس بفعل حقيقة ، ثم يزعمون ههنا : ان الولد حصل بفعلها هذا كلام لايرتكبه إلاّ جاهل ، وإنما رحم الأم في الحقيقة وعاء للولد ، وكيف تكون فاعلة للولد أو في حكم الفاعلة ، وعلى الحقيقة ان الفعل لله تعالى على التوحّد وإلانفراد في هذه المواضع ، وإنما العبد يوجد منه تحصيل شرط فحسب ، فلا ينبغي أن يترك الإضافة إلى الفاعل حقيقة ويضاف إلى صاحب الشرط لوجود فعله .

وأما مسألة حفر البئر :

فإنما أوجبنا الضمان لا لأن الحافر للبئر مهلك للواقع حقيقة إذ لو كان كذلك لما افترق الحكم بين أن يحفر في ملكه أو في ملك غيره لكن صاحب الحفر التزم الفعل شرعاً بحكم التعدي على ما ذكرنا في ربع

الجراح ، فعلى هذا في مسألتنا وجب أن يسلب الغاصب الفعل فيما يرجع الى الملك بحكم التعدي وهذا هو جواب آخر عن أصل الطريقة وقد أشرنا إليه في حجةٍ أصحابنا ، فإن رجعوا إلى أن هذه الأفعال لم تتمحض عدواناً ، لأنها مشروعة في الجملة فقد أجبنا عن هذا من قبل في المسألة الأولى ، والله أعلم بالصواب .



((مسألة))

إذا أراق المسلم أو الذمي خمراً للذمي لم يجب عليهما الضمان عندنا .[1]

وعندهم : يجب على المسلم قيمتها ، وعلى الذمي مثلها .[2]

والمسألة تعود إلى أن الخمر هل هو مال متقوم لأهل الذمة أم لا ؟

فعندنا : ليست الخمر بمال ولا لها قيمة بحال في حق أحد ما .

وعندهم : هي مال متقوم لأهل الذمة غير متقوم لأهل الإسلام .

لنـا :

ان الخمر غير متقومة في الشرع ، والمسلم والذمي في توجه شرع الإسلام واحد ، فسقطت قيمتها في حقهما على وجهٍ واحد .

يبينه : ان عدم التقويم في حق المسلم بالتحريم ، والتحريم بالنهي ، والنهي عام يتناول الكافر والمسلم فصار هذا النهي كسائر المناهي ، ثم سائر المناهي مجراة على عمومها ، كذلك هذا النهي .

وبيان هذا في سائر المناهي : ان الذمي يحدّ إذا زنى ، ويقطع اذا سرق والواجب

---

(١) مختصر المزني : ٤٦/٣ (مع الأم) ، المهذب : ٤٩٤/١ ، النكت ورقه : ١٧٦/أ ، الحاوي : ٢٢١/٧ ، روضة الطالبين : ١٧/٥ .

وبه قال الحنابلة ، انظر : المغني : ٤٢٤/٧ .

(٢) مختصر الطحاوي ص ١١٩ ، مختصر القدوري : ٤٤٥/١ (مع الجوهرة) الأسرار :٩١/٢/أ (مراد ملا) المبسوط : ٩٦/١١ ، البدائع : ٤٤١٣/٩ ، رؤوس المسائل ص ٣٤٨ ، ايثار الإنصاف ص ٢٦١ .

وهو قول المالكية ، انظر : الإشراف للبغدادي : ٤٧/٢ .

من الحدّ ههنا واجب بشرع الإسلام ، وشرع الإسلام من العقوبة يجب بارتكاب النهي في الإسلام فلولا ان النهي ثبت في حقهم وإلا لم يعاقبوا بارتكابه .

وأما تحقيق هذا الفصل : هو ان الرسول ص بُعث بجميع شرائعه إلى كافة الناس بدليل قوله تعالى : (**يَا أَيُّهَا الَّذِينَ آمَنُوا ادْخُلُوا فِي السِّلْمِ كَافَّةً** ....) [1] ، وبدليل قوله عليه الصلاة والسلام (بُعثتُ إلى الأحمر والأسود ...) [2] .

وقد قامت حجة ثبوته على الكل ولم يبق إلاّ معاند أو جاهل لاعذر له ومن شرعه ﷺ تحريم الخمر وتنجيسها وإسقاط ماليتها ، وكما قامت حجة ثبوته على جميع الناس فكذلك قامت حجة شرائعه التي جاء بها في حق جميع الناس . وتعين الكلام في القرآن فنقول قد جاء النبي عليه الصلاة والسلام بكتابٍ من الله تعالى ، وقد قامت كونه حجة من الله تعالى على كل كافرٍ بِدليل وجوب الإيمان عليهم بالقرآن فصار جميع الاحكام التي يشتمل عليها القرآن شرعاً من الله تعالى لعباده على العموم ، ولَزِمَهم قبولها وتناولهم خطابها ، وثبت في حقهم احكامها ومعانيها .
وأحد ما وَرَدَ به القرآن حرمة الخمر واسقاط ماليتها فثبت في حق كل المخاطبين من المسلمين والكفار .

والحرف : ان كل مَنْ ثبت عليه حجة الله تعالى في ان القرآن كلام الله تعالى لزمه كل ما ورد به القرآن من غير تخصيص وتفصيل .

---

(١) سورة البقرة آية (٢٠٨) .
(٢) رواه أحمد في مسنده : ٤١١/٥ .

وهذا دليل قاطع يجب قبوله بلا اضطراب / ولا ارتياب . **١٥٥/ب**

وأما حجتهم :

قالوا : الخمر كان مالاً منقولاً قبل ورود خطاب التحريم ، وقد ورد خطاب التحريم خاصّاً في حق المسلمين ، فبقيت الخمر في حق غيرهم على ماليتها وتقومها ، وهذا كنكاح المشركات فانهن لما حرمن بخطاب المسلمين بقين في حق الكفار على الإباحة ، كذلك ههنا .

ثم الدليل على أن خطاب التحريم اختص بالمسلمين ان تحريم الخمر لايعرف إلا بقوله تعالى (**يَا أَيُّهَا الذّينَ آمَنُوا إنّمَا الخَمْرُ والميَسْرِ والأَنْصَابُ والأَزْلامُ** ....) [١] الآية .

فأما ما سوى هذه الآية من الآي ليس فيهما نص على التحريم فإن الله تعالى قال في آية أخرى في الخمر (**وإثْمُهُمَا أكْبَرُ مِنْ نَفْعِهِمَا**....) [٢]

وليس في هذا نص على التحريم ، ثم قال في آية أخرى (**والإثْمَ وَالبَغْيَ**) [٣]

وقد قيل ان الإثم هو الخمر ، وليس هذا بنص أيضاً .

لأن الإثم يحتمل الخمر وغير الخمر ، فدل على أن النص هو الآية التي ذكرناها وهو خطاب المؤمنين ، لأن الله تعالى قال : (**يَآ أَيُّهَا الذّينَ آمَنُوا** .....) وقال : في آخرها (**فَاجتَنِبُوهُ لَعَلَّكُمْ تُفْلِحُونَ**) [٤]

والمؤمن هو الذي يفلح باجتناب الخمر ، وأما الكافر فلا ، لأن الله تعالى

---

(١) سورة المائدة آية (٩٠) .

(٢) سورة البقرة جزء من آية (٢١٩) .

(٣) سورة الأعراف جزء من آية (٣٣) .

(٤) سورة المائدة آية (٩٠) .

قـال : (إِنَّمَـا يُرِيدُ الشَّيطَانُ أَن يُوقِعَ بَينَكُمُ العَدَاوَةَ وَالبَغْضَاءَ فِي الخَمْرِ....) [1] وهذا المعنى مطلوب وجوده من الكفار لأنهم إذا تعادوا وتباغضوا تفرقوا ، وإذا تفرقوا اضعفوا ، ولأن الله تعالى قال في حقهم (وَأَلْقَينَا بَينَهُمُ العَدَاوَةَ وَالبَغْضَاءَ إِلَىَ يَومِ القِيَامَةِ...) [2] وإذا كان أمرهم كذلك بنص الكتاب فكيف يحرم عليهم شرب الخمر لئلا يؤدي حالاتهم إلى ذلك .

ولأن الله تعالى قال (وَيَصُدَّكُمْ عَنْ ذِكْرِ اللَّهِ وَعَنِ الصَّلَاةِ....) [3] فلابد أن يكون أهل ذكر الله والصلاة ليصح هذا في حقه ولايوجد هذا في الكافر وانما يوجد في حق المسلم .

وأما أبو زيد [4] قال : ان تحريم الخمر لم يثبت في حقهم لفوات البلاغ كما لم يثبت البلاغ بتحويل القبلة في حق أهل قباء حين كانوا في الصلاة إلى أن سمعوا وكما لايثبت في حق الحربي الذي أسلم في دار الحرب ولم تبلغه الشرعيات فإنه لايجب عليه قضاؤها اذا دخل دار الإسلام بخلاف ما إذا كان إسلامه في دار الإسلام ، لأن البلوغ وإن فات ضرورة ولكن لايعذر بالجهل ، لأنه مفرط مقصر .

---

(١) سورة المائدة آية (٩١) .

(٢) سورة المائدة آية (٦٤) جزء من آية .

(٣) سورة المائدة آية (٩١) .

(٤) أي في الأسرار ١٤٩/١/أ/ب ، ٩١/٢/أ (مراد ملا) .

وحرفهم : ان الثابت بالسمع لايتوجه الى المكلف إلاّ بعد بلاغه ذلك ، والدليل على فوات البلاغ انهم يعتقدون كذب النبي ص وينكرون ان القرآن كلام الله تعالى فلو تحقق البلاغ لكان لقيام الحجة ولايمكن إثبات البلاغ من هذا الوجه في حق أهل الذمة ، لأن الشرع ورد بتقريرهم على ما هم عليه بشرعنا فإنه قد ورد الإجماع بتركهم وما يتدينون وترك التعرض لهم قولاً وفعلاً .

وهذا تقرير لهم على دياناتهم أجمع إلا في الربا خاصة فإن الشرع استثناه بقوله عليه السلام (وَمَنْ أربى فلا عهد بيننا وبينه) .[1]

وإذا قرروا على ما هم عليه بشرعنا فقد فات إلزام الحجة وفات البلاغ .

قالوا : وأما في حق أهل الحرب فات البلاغ بالمنعة على ما ذكرنا في كتاب قتال أهل البغي ، وهذا بخلاف أصل الدين ، لأن الكفر لايحتمل أن يكون غير محرم فلا يتصور فيه عدم البلاغ ، لأنه إن لم يبلغ سمعاً بلغ عقلا.

وأما الخمر فيحتمل أن تكون محرمة فيحتمل عدم البلاغ .

قالوا : وأما الزنا والسرقة وما يشبه ذلك فقد وُجد فيه البلاغ . لأنهم تدينوا بترك الزنا والسرقة على ما يوجبه شرع الإسلام .

---

(١) لم أجده بهذا اللفظ ولكن روى أبو داود في سننه حديث جاء فيه " على أن لا تهدم لهم بيعة .... ما لم يحدثوا حدثاً أو يأكلوا الربا ..... " ٣/ ٤٣٠ ـ ٤٣١ .

قال ابن حجر في التلخيص : " وفي سماع السدي من ابن عباس نظر ولكن له شواهد" وذكرها . ٤/ ١٢٥ .

وعندنا : انما فات البلاغ لأنهم تركوا وما يتدينون ، ومن تدينهم ان الزنا والسرقة وقطع الطريق والقذف محرمات .

قالوا : ومثال ما قلنا الأنكحة لا على شرط الإسلام فإنها صحيحة فيما بينهم على ما يتدينون فيها ، وكان المعنى فوات البلاغ بالوجه الذي ذكرنا .

وعيّنوا النكاح بغير شهود ، وفي العدة ، ونكاح المشركة ، والجمع بين الأختين ، والأكثر من أربع نسوة ، وقد عدّ فصل الأنكحة من المشكلات في المسألة .

قالوا : ولايجوز أن يقال ان هذا بناء شرع على عقيدتهم ، وهذا باطل لأنا لانبني شرعنا على عقيدتهم لكن نبني شرعنا على اعتقادنا فيهم .

ثم قالوا : هذا الشرع انما بنيناه على عدم بلوغ الحجة لا على اعقتادهم على ما سبق بيانه .

ولايلزم اتلاف متروك التسمية على شفعوى المذهب حيث لايوجب الضمان ، لأن البلاغ هناك لم يفت لأنا أمرنا بالمحاجة معهم ، وإلزامهم قبول الآية وهي قوله تعالى : (**وَلَا تَأْكُلُوا مِمَّا لَمْ يُذْكَرِ اسْمُ اللَّهِ عَلَيْهِ**...)[1] وترك التأويلات الفاسدة .

وهذا مثل ما قلتم أنتم في المُثلّث .[2]

وقد تعلق عامة مشايخهم بمنع / إراقة الخمر عليهم وقالوا : عقد الذمة **١٥٦/أ**

---

(١) سورة الأنعام آية (١٢١) .

(٢) المثلّث : شراب طبخ حتى ذهب ثلثاه ، القاموس المحيط ، مادة (الثلث) .

إذا عصم عيناً قوّمها ، دليله : سائر أموالهم .

وتعلقوا بنفس الكافر فإنه إذا أتلف ضمن بالدية على اختلاف المذهبين فإيجاب ضمان الخمر بإراقتها ليس بأكثر من إيجاب ضمان الدية بقتل الكافر بنفسه .

وقد تعلق كثير منهم ايضاً باسقاط الحد عن الذمي بشرب الخمر وقال : ان سقوط الحد إنما كان لما بينا انهم تُركوا وما يتدينون ، أو لأن خطاب التحريم خاص في حق المسلمين ، كذلك الضمان .

قالوا : ولايجوز أن يقال ان سقوط الحد كان باعتقاده الإباحة لأن عندكم حنفي المذهب يُحدّ بشرب المثلث وإن كان يعتقد الإباحة .

قالوا : وأما ما ذكر مشايخكم ان ضمان المثل لايجب باتلاف الخمر مع وجود المثل فلا يجب الضمان أصلاً .

فهذا كلام في نهاية الضعف ، لأن عندنا يجب المثل إذا اتلف الخمر ذمي على ذميّ مثله ، وأما في حق المسلم انما لم يجب عليه مثله ، لأنه لايمكن إيجابه عليه من حيث انه ليس بأهل لتمليك الخمروتملكه قصداً ، وايجاب مثل الخمر عليه انما يتصور بايجاب تمليك الخمر قصداً فوقع العجز عن المثل بهذا الطريق فصار الخمر في حقه كمثلي آخر انقطع عن أيدي الناس .

قالوا : وأما قول مشايخكم : ان قيمة الخمر لايعرفها أهل الإسلام .

فليس بصحيح ، لانه تقدّر فيه المالية والتقوم ، كولد المغرور يقدر فيه الرق ، وربما يقولون يرجع إلى مَنْ قرب عهد بالاسلام في قيمته أو إلى رجلين منهم عند الضرورة .

الجواب :

أما الأول :

قلنا : الخطاب ثابت في حق الكل .

وقولهم : " انه اختص بالمؤمنين " .

ليس عليه دليل .

وأما تعلقهم بالآية .

قلنا : قوله تعالى : (**يا أيها الذين آمنوا**) وإن كان خطاب المؤمنين في الظاهر ، ولكن نص التحريم في قوله " انه رجس " .

وهذا خبر فبنيت على العموم ، مثل قول القائل : يازيد هذا الماء نجس " .

فإن قالوا : **كيف يثبت إبتداء شرع بخبر** ؟ .

قلنا : معناه فانه رجس " يجعل اياه رجس ، وقد قالوا : ان قوله تعالى : (**يا أيها الذين آمنوا ...**) خطاب تشريف لا خطاب تخصيص مثل قوله تعالى (**يَا أَيُّهَا الَّذِينَ آمَنُوا اتَّقُوا اللَّهَ وَذَرُوا مَا بَقِيَ مِنَ الرِّبَا ....**) .[1]

وقد ثبت تحريم الربا في حق أهل الذمة بالإجماع .

يبينه : انه كيف يقال ان هذا الخطاب يختص بالمسلمين وقد قال " والأنصاب والأزلام ... " والأنصاب هي الأصنام والأزلام هي القداح التي كانوا يجيلونها فيما بينهم في أمورهم وقد كان شرعاً من شرائع جاهليتهم ، والخطاب في هذا لايتصور أن يكون مع غير الكفار .

---

(١) سورة البقرة آية (٢٧٨) .

وأما قوله تعالى : (**فاجتنبوه لعلكم تفلحون**) .

قلنا : يفلح بقدره حتى لايعاقب على شرب الخمر كفاسق مسلم يزني ويسرق ولا يشرب الخمر .

فأما قوله تعالى (**انما يريد الشيطان أن يوقع العداوة والبغضاء**) .

قلنا : يقال لهم عندكم تحريم الخمر غير معلل ، فكيف يستقيم هذا الإستدلال ، ولئن قلتم معلل تحريمه بهذا فألحقوا به النبيذ. وعلى أنهم إذا تباغضوا أو تعادوا وتشاجروا نأمرهم بالسكون والإلفة على حسب ما نأمر به المسلمين .

وأما الآية التي ذكروها وهي قوله تعالى (**والقينا بينهم العداوة والبغضاء الى يوم القيامة .....**) .

فالمراد : به ما هم عليه من الإختلاف والتفرق في أصل الدين فذلك باق بينهم إلى يوم القيامة إلاّ أن يسلموا .

وأما قوله تعالى : (**ويصدكم عن ذكر الله والصلاة ....**) .

والمراد : به الإيمان والإتيان بالشهادتين ، لأنه إذا شرب الخمر وسكر فسد عقله ولايمكنه النظر في دلائل الإسلام فثبت بما قلنا انه ليس لهم دليل على تخصيص الخطاب .

وأما طريقة أبي زيد :

فهو أضعف وأوهى من هذه الطريقة ، لأن البلاغ متحقق بالسماع وقيام الحجة .

وقولهم : " انهم ينكرون النبي والقرآن " .

قلنا : هذا انما يفوت البلاغ لو عُذِرُوا ولا عذر لهم لما بينا ان

الدلائل قد قامت عليهم وقد نزّلوا منزلة المعاندين المكابرين .

وقولهم : " **ان الشرع قد ورد بتقريرهم على ما هم عليه** " .

قلنا : كلا ، ولايجوز التقرير على الكفر كما لايجوز التقرير على سائر المعاصي ، وأهل الذمة مع قبولهم عقد الذمة مأمورون بالإسلام وجميع شرائعه مُلْزَمون ذلك مؤثّمون على دوام الأوقات بتركهم القبول مستوجبون للنار في الآخرة إلاّ ان بعقد الذمة أُمهلوا في العقوبة لمصلحة راءها الشرع فهو نوع أمان إلاّ ان الأمان على وجهين :

إما مؤقت يوجب تأخير العقوبة الى مدة في حالة الحياة .

وأمان مطلق يوجب تأخير العقوبة إلى الآخرة .

وأعلم انه لاتقريرلهم عندنا أصلاً /لا على الكفر ولاعلى **١٥٦/ب** شئ من عقائدهم الخبيثة ، وإنما جاء الشرع بترك التعرض لهم ، لأن العقد معقود على ترك التعرض فلم يتعرض لهم في معاملاتهم وسائر ما يعقدونه وفاءً بالعهد وحفظاً لعقد الأمان الذي جرى بيننا وبينهم .

فإن قالوا : **هذا التقرير الذي ذكرناه** .

قلنا : لأن التقرير يوجب فوات الدعوة وترك التعرض لايوجب فوات الدعوة انما هو مجرد تأخير معاقبة وزجر ، ويجوز ان تكون الحجه لازمه والدعوة متوجهة وتؤخر المعاقبة والمنع فعلاً .

فأما لايجوز أن يرد الشرعُ بتقريرهم على ما هم عليه ثم يبقى لزوم الحجة وتوجه الدعوة ، وهذا كامل الكفر لايتعرض لهم فيه ، ولايقال انهم عليه أو فات عنهم البلاغ فيه ، وبهذا الفصل يبطل أصل القاعدة في هذه الطريقة ، فإنه ورد الشرع بتركهم وما يعتقدون في أصل الدين ولم يقل أحد ان البلاغ فات فيه .

وليس لهم على هذا اعتراض إلاّ أن يقولوا : ان الإيمان يجب عقلا لاسمعاً وهذا مذهب أهل البدعة ، ولاينبغي أن يمكنوا من اظهار هذه العقيدة ويلزمهم مع هذا الإيمان بالنبي ص فإن البلاغ فيه ثابت وهو سمعي محض ولا جواب لهم على هذا .

وأما النقض بمتروك التسمية إذا أتلفه انسان على شفعوي المذهب .

فمتوجه فانه لايتعرض لهم بإتلاف متروك التسمية عليهم ومع ذلك لم يوجبوا الضمان .

وقولهم : " **ان المحاجّة قائمة معهم** " .

قلنا : ومع أهل الذمة قائمة وندعوهم إلى الإسلام ونذكرهم لرفع الحجة عليهم بل هذا أولى ، لأن دليل متروك التسمية مجتهد فيه بخلاف الخمر فان حرمتها مقطوع بها .

فأما فصل الأنكحة فنحن لانقضي بينهم فيها إلاّ بما يوافق شرع الإسلام .

وقد قال أبو حنيفة : إذا ارتفعوا إلينا نفرّق بينهم وبين محارمهم [(١)] وأما المشركة فبضعها متقوم في حق المسلم بدليل أن مَنْ وطئ أمة مجوسية لمسلم يضمن عقرها .

وأما الخمر غير متقومة في حق المسلم بحال ، ثم نقول : ما ادّعيناه من خطاب أهل الذمة بالشرعيات وقيام الحجة عليهم في الكل قاعدة كلية لايتصور نقضها .

وأما صحة الأنكحة ان لم توافق شروطها شرع الإسلام استثنيت من هذا الأصل بالنص الوارد من الكتاب والسنة في إثبـــات نكاحهم وتصحيحه

---

(١) انظر : الاسرار ص ٢٧٠ (كتاب النكاح) بتحقيقنا .

وهو قوله تعالى (وأمرأتُهُ حمَّالَةَ الحَطَبِ) .[١]

وقوله عليه الصلاة والسلام (ولدتُ من نكاحٍ ولم أولدْ من سفاح) .[٢]

ولأنا لو أبطلنا أنكحتهم أدّى إلى فساد عامة الإنسان لأصحاب رسول الله ﷺ ، وربما يتعدّى إلى النبي عليه الصلاة والسلام . ونعوذ بالله من هذا الاعتقاد ، وهذا كإستثنائهم الربا من الأصل الذي ادّعوه .

وأما قولهم " ان عقد الذمة عصم الخمر " .

قلنا : ليس معناه إلاّ منع الإراقة ، وقد أجبنا عنه .

وأما نفس الكافر ضمنت بالعصمة ، ولأن عقد الذمة عقد عصمة .

والحرف : ان عقد الذمة معقود لعصمة ما ليس بمعصوم ، أما هو ليس بمعقود لجعل ما ليس بمال مالاً ، والآدمي يضمن لا لكونه مالاً بل للعصمة ، وعقد الذمة قد أوجب العصمة مثل ما يوجب العصمة لسائر أمواله ، ولو لم تثبت هذه العصمة لم يكن لعقد الذمة فائدة ، فأما أن يجعل ما ليس بمال مالاً فمحال .

ونظير الخمر من الأموال العبد المرتد .

أما سقوط الحد إنما كان لأنه يشرب الخمر باعتقاد الإباحة وشرب الخمر باعتقاد الإباحة كفر ، وعقد الذمة قد عصم من عقوبة الكفر . والله أعلم .

---

(١) سورة المسد آية (٤) .

(٢) رواه البيهقي في سننه .
وعبد الرزاق في مصنفه مرسلاً بلفظ " إني خرجت من نكاح ولم أخرج من سفاح " .
وقال ابن حجر في التلخيص بعد ذكر مَنْ خرجه " ووصله ابن عدي والطبراني في الأوسط من حديث علي بن أبي طالب وفي اسناده نظر " أهـ . ثم قال : " اسناد ضعيف " : ١٧٦/٣ .

(مسألة)

نقصان الولادة لايجبر بالولد عندنا .[1] وعندهم : يجبر .[2]

وصورة المسألة : إذا ولدت الجارية المغصوبة وانتقصت وفي الولد وفاء بالنقصان .

لنا :

إن الجزء الفائت بالولادة مضمون على الغاصب ، والمضمون إذا فات ووجب ضمانه يكون ضمانه من ملك مَنْ عليه الضمان لا من ملك مَنْ له الضمان .

دليله : سائر الضمانات .

يبينه : ان الضمان الواجب بالغصب أو الجناية مال يجب لصاحب الحق على الغاصب والجاني لجبر ما فات بالغصب أو الجناية ولايتصور تحققه إلا أن يكون حصوله لمن له الضمان بسبب الجناية على حقه ، وهذا المعنى لايمكن تحقيقه في مسألتنا ، لأن الولد يجعل لصاحب الجارية سواء كان هناك فوات جزء ونقصان بالولادة أو لم يكن ، وما كان بهذا السبيل كيف

---

(١) النكت ورقه ١٧٤/أ ، الحاوي : ١٥٦/٧ ، روضة الطالبين : ٦٤/٥ .
وهو قول زفر وأحمد ، انظر المغني : ٣٩٥/٧ ، الأسرار : ٢/٢٩٠/ب ، إيثار الإنصاف : ص ٢٦١ .

(٢) مختصر الطحاوي ص ١١٨ ، مختصر القدوري : ٤٤٤/١ مع الجوهرة ، الأسرار : ٢/٢٩٠ /ب (مراد ملا) ، المبسوط : ١٥٨/١١ ، البدائع : ٤٤٣٧/٩ ، رؤوس المسائل ص ٣٥٤ ، إيثار الإنصاف ص ٢٦١ .

يتصور أن يكون الولد مال الضمان بقى الضمان في / ذمته **١٥٧/أ** لاينقضي عن عهدته إلاّ بالأداء أو الإبراء وصار الولد في هذا الضمان الواجب كالعدم أو يجعل كسائر أموال المغصوب منه ، ويصير أيضاً كما لو هلكت الأم في الولد وفاء بقيمة الأم لم يجبر به مال الضمان .

وأما حجتهم :

قالوا : الولد قام مقام النقصان خلفاً عن الفائت فينعدم النقصان . كما لو هزلت الجارية ثم سمنت أو قلع سن إنسان ثم ينبت مكانها سن أخرى .

والدليل على أن الولد قام مقام النقصان وخلف عن الفائت : ان سبب الزيادة والنقصان واحد ، لأن سبب النقصان هو الولادة ، وسبب الزيادة كذلك ، لأن الولد لايكون مالاً متقوماً بنفسه إلاّ بالولادة .

أما في جنين البهيمة فالولد وان كان مالاً قبل الولادة لكنه تبع للأصل وإنما يصير مالاً بنفسه إذا انفصل .

وأما في الجارية فليس بمال قبل الولادة لاتبعاً ولا أصلاً ، أما أصلاً فمعلوم ، وأما تبعاً فلأن الجارية تتعيّب بالولد وما تتعيّب به الجارية لايكون صفة زائدة في مالية الجارية فثبت : ان الولد انما يصير مالاً مقصوداً بنفسه متقوماً بالولادة فكانت الولادة سبباً للزيادة والنقصان .

والسبب الواحد إذا فوّت حق إنسان من وجهٍ وأفاد من وجهٍ آخر صارت الزيادة خلفاً عن الفائت وقائمة مقامه فيصير في المعنى كأن لم يفت فلا يجب الضمان.

وحرفهم :

ان السبب الواحد إذا أخرج عن ملكه مالاً وأدخل مالاً يكون الداخل

خلفاً عن الخارج ضرورة ، كما في البيع فإنه لما كان سبباً يوجب خروج المبيع عن ملكه ودخول الثمن في ملكه كان الثمن خلفاً عن المبيع ضرورة ، كذلك هاهنا .

قالوا : وقولكم " **ان ملكه لايُجبر بملكه** " .

لايصح ، لأن الولد ما كان مملوكاً له قبل الولادة حتى يصير ملكه خلفاً عن ملكه وإنما صار مملوكاً له بعد الوجود بالولادة ، والخلافة من شرطها أن يدخل في ملكه ما لم يكن مملوكاً له خلفاً عما زال عن ملكه ، وليس من شرطها أن يكون مملوكاً لغيره حتى يصير خلفا عن ملكه ، ألا ترى انه إذا باع عبداً بألف درهم، فانه يملك البائع ألف درهم من ذمة المشتري ، وما كانت هذه الألف مملوكة للمشتري قبل هذا ، ولكن لما دخل في ملك البائع ما لم يكن مملوكاً له من قبل تحققت الخلافة بحكم البيع ، فكذلك هاهنا الولد قبل الولادة لم يكن مملوكاً مقصوداً ، وكان ذلك الجزء الذي فات بالولادة مملوكاً فبالولادة فات ذلك الجزء عن ملكه ، ودخل الولد في ملكه فتحققت الخلافة وألزموا على ما قلنا مسألة السّن.

قالوا : وإن قلتم ان هناك بالسّن النابتة ينعدم النقصان الحاصل بالقلع فينجبر لهذا المعنى ، كذلك ههنا بالولد ينعدم النقصان معنىً على ما سبق فينجبر النقصان الحاصل مثل تلك المسألة سواء .

قالوا : ولايلزم إذا ماتت الأم وفي الولد وفاء بقيمة الأم .

منع بعضهم وقال : ينجبر وادّعوا رواية عن صاحبهم .

قالوا : ولئن سلمنا إنما لاينجبر ، لأن ملك الولد فرع ملك الأصل فإذا فات جزء وجدت جزءاً آخر من الأصل بسبب واحد أثبتنا الخلافة بين الحادث والفائت بذلك السبب ، وأما إذا تلف الأصل لايمكن أن يجعل الولد

جابراً للأصل ، لأن الولد يملك بملك الأصل وهو فرع ، والفرع لايجبر أصله كما تقول في سجود السهو فانه يجبر بالنقصان الحاصل في الصلاة ولو بطلت الصلاة فان السجود لايجبر الصلاة ، كذلك ههنا .

قالوا : ولايلزم اذا قطع قوائم شجر انسان فنبت مكانها غيرها ، أوجزّ صوف شاة انسان فنبت مكانه غيره حيث لايجبر ، لأنا انما سعينا لينجبر النقصان بالزيادة لاليملك الجاني عيناً مملوكة لغيره ، وهناك حاجتنا الى أن يجعل القوائم المقطوعة مملوكة للقاطع ، ولأن سبب الزيادة والنقصان هناك مختلف ، لأن الشجرة تنتقص بالقطع والزيادة تحصل بقوه في الشجرة ولم يكن حصولها بسبب القطع .

قالوا : ولايلزم اذا أخرج ظبيةً من الحرم فولدت ولداً ونقصتها الولادة وفي الولد وفاء بالنقصان حيث لاينجبر ، لأنا لانسلم هذه المسألة بل ينجبر ، وثبتوا على المنع .

قالوا : ولايلزم إذا لم يكن في الولد وفاء بالنقصان حال الولادة ثم صار فيه وفاء بعد الرد إلى المالك حيث لاينجبر به ، لأن حكم الغصب انتهى نهايته بالرد مما قدر على / رده إلى المالك برئ عن الضمان ١٥٧/ب وما عجزت عن ردّه استقر عليه ضمانه فالزيادة الحاصلة في الولد من بعد الرد لاتعتبر ، وليس كما لو زاد قبل الرد وصار فيه وفاء بالنقصان ، ولم يكن فيه وفاء عند الولادة حيث ينجبر به ، لأن صفة الخلافة انعقدت للولد حال حدوثه وصار جابراً بقدر قيمته من نقصان الأم فالزيادة التي حصلت بعد ذلك هي زيادة فيما هو خلف فيصير خلفاً أيضاً . فأما اذا كانت الزيادة بعد الرد فقد بينا من قبل .

قالوا : وأما قولكم " ان الضمان الواجب لايسقط إلاّ بالأداء أو

الإبراء " .

لايصح ، لأنا إذا جعلنا هذه الزيادة خلفاً عن الأصل امتنع وجوب الضمان أصلاً، لأنه قد وجد الرد على الوجه الذي غصب ففات وجوب الضمان مثل ما يفوت في مسألة السّن والسّمن ، ولا نقول : إنه وجب الضمان وصار مؤدياً بالولد ، هذه جملة ما يمكن لهم في هذه المسألة .

وقد قال أبو زيد في الأمالي :

ان الولد في معنى الأرش عن الجناية فقام مقامه كنفس الأروش في الجنايات قال: وإنما قلنا : انه بمنزلة الأرش لأن مالية الولد حدثت بالولادة التي أوجبت النقصان في الأم كمالية الأرش وجبت بالقطع الذي أوجب النقصان في الأصل على ما ذكرنا من قبل .

وربما يقولون في أثناء الكلام نعنى " بالخلفية " الخلف وجوداً مثل السّن يخلف السّن وجوداً .

الجواب :

إن بناء كلامهم على أن الولد ليس بمالٍ قبل الإنفصال وهذه مكابرة محسوساً ومحكوماً :

أما المحسوس فلأنا نقطع بوجود الولد في البطن قبل الولادة فانه إذا حصل الولادة علمنا ان الولد كان موجوداً من قبل وإذا كان الأم مالاً كان الولد مالاً ، لأنه يتبعها في المالية وعدم المالية ، وكذلك في التقوم .

وأما الحكم : فلأنه لو اعتق جنيناً مشتركاً بين أثنين يضمن لصاحبه ، ولو أوصي بما في بطن جاريته لانسان ومات ثم ان صاحب الجارية وهو الوارث اعتق الأم يضمن الولد للموصي له ، ولأنه لو جعل الولد بدلا في الخلع صح التسمية وما ليس بمالٍ لايصح التسمية بدلاً من الخلع ، ولأنه

يصح الإيصاء به ، وما ليس بمالٍ لايصح الإيصاء به كالخمر وهذه دلائل معتمدة .

وعلى أنا ان سلمنا انه حصل مالاً بالولادة ولكن لايصلح ضماناً للجزء الفائت كما بيّنا .

يبينه : ان الضمان بنقصان الأم والنقصان قائم ولم يضمن شيئاً فكيف يتخلص عن الضمان بحدوث ولد لمن له الضمان .

وقولهم " **انه قائم مقامه وخلفه** " .

تمنى باطل ، لأن الخلف : إما أن يكون من حيث الشرع أو من حيث الحسّ، ولا خلف من حيث الحسّ ، لأن النقصان قائم كما كان بخلاف السّن النابتة بعد القلع إن سلمنا ، لأن النقصان حساً قد ارتفع ، وكان الضمان الواجب لا بدلاً عن السّن ، لأن السّن ميتة لاقيمة لها ، وإنما كان الضمان للثلمة الواقعة محسوساً فإذا ارتفعت ذهب الضمان لانعدام سببه .

فأما في مسألتنا فالنقصان قائم كما بينا ، ولايجوز أن يكون خلفاً من حيث الشرع ، لأن الخلف من حيث الشرع هو ما جعله الشرع عوضاً على معنى تقويمه به كالأرش في القطع ، وكذلك الثمن في البياعات خلف عن المبيع ، لأنه عوضه بالتراضي من المتعاقدين ولايتصور هذا الخلف إلاّ بشرطه ، وهو أن يكون واجباً من مال مَنْ عليه الضمان لمن له الضمان .

وفي مسألتنا لايوجد هذا المعنى ، لأن الولد مال مَنْ له الضمان والنقصان حاصل في ملكه فانعدمت الخلفية محسوساً ومشروعاً فبقى الضمان الواجب على وجوبه من قبل .

وقد خرج بما قلنا الجواب عن فصل السّن وفصل الأرش .

ويقال لهم على جهة تلخيص الكلام : النقصان وإن حصل بسبب الزيادة ولكن نقصان في ملكه وزيادة من ملكه فلا يصلح ضماناً .

فإن قالوا : يصلح جبراً .

قلنا : لايصلح أيضاً ، لأن جبر المضمون بالضمان ، فإذا لم يصلح ضماناً في نفسه لم يصلح المحصول جبر المضمون به .

وقولهم " انعدم النقصان معنى " .

دعوى بلا دليل .

وقولهم " انه يكفى في الخلفية أن لايكون مالكاً للشئ من قبل " .

قلنا : لابد أن يكون مالكاً له من قبل وان يملكه من جهة مَنْ عليه الضمان ليتحقق الضمان ، ثم إن سُمِّى خلفاً فيجوز .

وقولهم " **إنه انعدم الضمان** " .

كيف ينعدم والنقصان قائم ، والولد حصل من ملكه ، ولايتصور أن ينعدم الضمان الواجب له بملكٍ يحدث من ملكه .

والله تعالى أعلم بالصواب وبه الحول والقوة .



إذا غصب طعاماً من إنسان وأطعمه المغصوب منه وهو لايعلم أنه طعامه فتناول لايبرأ الغاصب في أظهر قولي الشافعي رضي الله عنه .[١]

وقال : في القول الثاني[٢] : يبرأ ، وهو قولهم .[٣]

وعلى هذا الخلاف إذا أعار منه المغصوب من ثوبٍ أو دابة .

لنـــا :

انه لم يصل اليه ما أزال عنه فلا يبرأ عن الضمان كما لو لم يقدمه أصلاً بين يديه ، وانما قلنا ذلك ، لأنه أزال يد الملك واعاد يد الإباحة .

والدليل على انه اعاد يد الإباحة ان يد الملك لاتعرف بصورة اليد بل بيد ذات أحكام مخصوصة .

وفي مسألتنا لم توجد يد الملك بدليل انه لايبنى عليها احكام الملك ، ألا ترى انه بظاهر ما يعتقده من حقه في الطعام لايجوز أن يتصرف فيه بتصرفٍ ما من البيع والهبة والرهن وسائر التصرفات ولو اعتقد جوازها أثم .

وفي مسألة تقديم الطعام بين يديه لايمكن من النقل اذا لم يعرف انه طعامه ، فثبت انه لم يعد يد المالك فلا يبرأ عن الضمان الواجب بإزالة يد الملك .

---

(١) مختصر المزني : ٤٣/٣ (مع الأم) ، المهذب : ٤٩١/١ ، النكت ورقه ١٧٦/أ ، الحاوي : ٢٠٧/٧ ، روضة الطالبين : ١١/٥ .

(٢) مختصر المزني مع الأم : ٤٣/٣ ، المهذب : ٤٩١/١ .

(٣) الأسرار : ٢٩١/٢ /ب (مراد ملا) ، المبسوط : ٨١/١١ .

ويمكن أن يقال : أزال يداً بسلطانٍ مخصوصٍ ولم يعد يده بسلطانه على ما سبق .

وأما حجتهم :

قالوا : أتى بالرد المستحق عليه فيبرأ عن الضمان ، كما لو علم المغصوب منه انه طعامه .

وإنما قلنا ذلك ، لأن المستحق رد يتضمن عود يد الملك وقد عاد يدالملك ، لأنه قد ثبتت اليد للماك على المغصوب ولايتصور للمالك على المغصوب يد سوى يد الملك .

وحرفهم : ان الأيدي وان كانت مختلفة لكن يد الملك متعينة للمالك ، فعلى أيّ وجهٍ أثبت له اليدُ تكون يد الملك ، وإذا ثبت عود يده وقعت البراءة .

قالوا : ولايجوز أن ينظر الى أن الغاصب أعاد يديه على جهة الإباحة ، لأن هذا موجود فيما إذا كان المغصوب منه يعلم أن الطعام طعامه فانه يبرأ عن الضمان ، فدل ان المعتبر مجرد عود يده .

قالوا : ولايجوز أن يقال : ان المالك مغرور من جهة الغاصب ووبال المغرور على الغارّ ، لأن المالك مغتر وليس بمغرور ، لأن الطعام الذي قدم إليه يحتمل انه ملكه ، ويحتمل انه ليس بملكه فإذا أقدم عليه مع الاحتمال فقد غرّ نفسه ، وعلى أنه وإن كان مغروراً من قبله لكن لما أكل من ملك نفسه وباشر إتلاف المغصوب بفعله لم يكن له على أحدٍ سبيل ، كما قال لغيره " اسلك هذا الطريق فانه آمن وسرّ الى البلد الفلاني فإن التجارة فيه مربحة " ، فسلك ذلك الطريق فقطع عليه أو قدم ذلك البلد فخسر لايرجع على الغار بشئ ، لأنه وان كان مغروراً من

قِبَلَهَ ولكن سلك الطريق بنفسه وبفعله واتجر بنفسه فهو وان هلك مالُه لايرجع على أحدٍ ، وهذا لأن غاية ما في الباب أن ينزل الغارّ منزلة المسبب لهلاك مال الغير والمباشرة إذا طرأت على التسبب فانها تقطع حكم التسبب ، كما لو حفر بئراً فجاء إنسان وألقى إنساناً فيه فإنه يجب الضمان على الملقى لا على الحافر .

قالوا : وليس كما لو باع جارية من إنسان فأولدها المشتري ولداً فظهر مستحق للجارية وضمن المشتري قيمة الولد حيث يرجع بقيمة الولد على البائع ، لأنه لا رجوع بحكم الغرور بل يرجع على البائع بحكم إلتزامه سلامة الجارية وسلامة الولد لأن البيع عقد إلتزام وشرط سلامة بسلامة .

الجواب :

قد ذكرنا انه ما أعاد يد الملك .

وقولهم : " **انه لايتصور للمالك إلاّ يد الملك** " .

قلنا : لايتصور اذا عُلِمَ أن الشئ ملكه إذ لايتصوّر الإعراض عن ظاهر ما يعتقد المالك ، والشرع لم يعرض عن ظاهر ما يعتقده المالك في أن الطعام ليس بملكه بدليل ما قدمنا من قبل .

ويجوز أن يقال : إن المالك وان كان الثابت له يد الملك ولكن الغاصب ما أعاد يد الملك وبراءته باعادة يد الملك ، لأنه إذا كانت برآته برده فيعتبر صفة رده ، فأما إذا علم المغصوب منه انه طعامه فأكله على أنه طعامه يبرأ الغاصب باسترداد المالك وليس برد الغاصب ، وهو كما لو جاء إلى بيت الغاصب وأخذ منه المغصوب .

فأما ههنا الإسترداد فلو برئ عن الضمان لبرئ بالرد ولم يوجد الرد على

جهة ما أخذ ، لأنه أخذ مزيل يد الملك وردٌ غير مفيد يد الملك فلم يبرأ عن الضمان ، هذا غاية ما يمكن تحقيقه في هذه المسألة وهو / ١٥٨/ب حسن يمكن تمشيتــه فليعتمد عليه .

وأما طريقة اعتبار المغرور فهو طريقة المشايخ .

ونهاية ما يمكن أن يقال في تقريرها : ان الغرور الصادر من الإنسان يجعل الغارّ بمنزلة المتسبب والتسبب للهلاك موجب ضمان الهلاك .

أما مباشرة المالك الأكل بنفسه فبناء على تسببه فلا يوجب براءته عن عهدة غروره كالولي إذا قتل المشهود بقتله لا يبرأ الشهود عن الضمان ، لأنه ينبني قتله على شهادتهم فلم يوجب برآءتهم عن الضمان .

هذا غاية الإمكان ، والإعتماد على ما سبق .

والله تعالى أعلم بالصواب وهو الموفق والمعين .

((كتاب الشفعة))

مسألة :

لاتثبت الشفعة إلاّ للشريك عندنا .[1]

وعندهم : تثبت للجار إذا لم يكن شريك .[2]

لنا :

حديث معمر عن الزهري عن أبي سلمة[3] عن جابر أن النبي ص قال : اذا وقعت الحدود وصرفت الطرق فلا شفعة " .[4]

وفي رواية الشفعة فيما لم يقسم فإذا وقعت الحدود وصرفت الطرق فلا شفعة " .[4] رواية " إنما الشفعة فيما لم يقسم ..... " .[5]

---

(١) المهذب : ١/٤٩٥ ، مختصر المزني مع الأم : ٣/٤٧ ، ٤٨ ، النكت ورقه ١٧٦/ب ، والحاوي الكبير : ٧/٢٢٧ ، معالم السنن : ٣/٧٨٨ . وبهذا القول قال المالكية والحنابلة ، انظر المغني : ٧/٤٣٦ .

(٢) الأسرار : ١/١٧٣/ب (مراد ملا) ، مختصر القدوري مع الجوهرة : ١/٣٥٤ ، مختصر الطحاوي ص ١٢٠ ، المبسوط : ١٤/٩٤ .

(٣) أبو سلمة بن عبد الرحمن بن عوف الزهري المدني قيل : اسمه عبد الله، وقيل : إسماعيل ، ثقة مكثر من الثالثة ، مات سنة ٩٤هـ ، وكان مولده بضع وعشرين ، روى له أصحاب الكتب الستة . انظر : التقريب ص ٤٠٩ .

(٤) رواه البخاري في صحيحه : ٤/٤٣٦ مع الفتح ، باب الشفعة فيما لم يقسم .
والترمذي في سننه : ٦/١٣١ مع العارضة ، باب ما جاء إذا أحدث الحدود ....)

(٥) هذه الرواية هي رواية أبي داودفي سننه : ٣/٧٨٤ مع المعالم ، باب في الشفعة .

والخبر نص ، وهو قوله " فإذا وقعت الحدود وصرفت الطرق فلا شفعة " .

ولأن قوله عليه الصلاة والسلام " فيما لم يقسم " ، يقتضي نفي الشفعة في المقسوم ، لأنه ص أدخل الألف واللام وذلك يقتضي استيعاب الجنس .

وكذلك قوله " انما الشفعة فيما لم يقسم " يقتضي النفي والإثبات مثل قوله تعالى : (إِنَّما اللَّهُ إِلَهٌ وَاحِدٌ .....) .[1]

قالوا : الأخبار متعارضة بل الأخبار في إثبات حق الشفعة للجار أكثر .

روى قتادة [2] عن الحسن [3] عن سمرة أن النبي ص قال : " جار الدار أحق بالدار " .[4]

وروى أيضاً سعيد [5] بن أبي عروبة [6] عن قتادة عن أنس عن النبي ﷺ.

---

(١) سورة النساء آية (١٧١) .

(٢) قتادة بن دعامة السدوسي أبو الخطاب البصري ، ثقة ، ثبت ، يقال ولد أكمه وهو رأس الطبقة الرابعة ، مات سنة ١١٠هـ روى له أصحاب الكتب السته . انظر التقريب : ص ٢٨١ .

(٣) يعني الحسن البصري .

(٤) رواه الترمذي في سننه : ٦/١٣٩ مع العارضة ، باب ما جاء في الشفعه .
وأبو داود في سننه : ٣/٧٨٧ مع المعالم ، باب في الشفعة .
والإمام أحمد في مسنده : ٤/٣٨٨ ، ٥/٨ ، ١٢ ، ١٣ ، ١٨ .

(٥) سعيد بن أبي عروبة مهران اليشكري مولاهم ، أبو النضر البصري ، ثقة ، حافظ ، له تصانيف ، لكنه كثير التدليس ، واختلط ، وكان من أثبت الناس في قتادة ، من السادسة ، مات سنة ١٥٦ أو١٥٧هـ ، روى له أصحاب الكتب الستة ، انظر التقريب ص ١٣٤ .
ذكر روايته الزيلعي في نصب الراية : ٤/١٧٣ .

(٦) في المخطوط (عروة) والتصويب من نصب الراية : ٤/١٧٣ .

وروى عبد الملك [١] بن أبي سليمان عن عطاء عن جابر قال : قال رسول الله ص " الجار أحق بشفعته ينتظر به إن كان غائباً إذا كان طريقهما واحد " . [٢]

وروى أبو رافع أن النبي ص قال " الجار أحق بصقبه " . [٣]

ورواه ابراهيم [٤] بن ميسرة عن عمرو [٥] بن الشريد عن أبي رافع .

هذه أخبار معروفة مشهورة .

---

(١) عبد الملك بن أبي سليمان ميسرة العزرمي ، صدوق له أوهام من الخامسة مات سنة ١٤٥هـ ، روى له البخاري تعليقاً ، ومسلم وأصحاب السنن ، انظر التقريب ص ٢١٨

(٢) رواه الترمذي في سننه : ٦/ ١٣٠ مع العارضة ، باب ما جاء في الشفعة .
وأبو داود في سننه : ٧٨٨/٣ مع المعالم ، باب في الشفعة .

(٣) رواه البخاري في صحيحه : ٤٣٧/٤ مع الفتح ، باب عرض الشفعه على صاحبها قبل البيع .
وأبو داود في سننه : ٧٨٦/٣ مع المعالم ، باب في الشفعه .
والنسائي في سننه : ٢٨١/٧ ، ٢٨٢ ، باب ذكر الشفعة وأحكامها .
وابن ماجه في سننه : ٨٣٣/٢ . والإمام أحمد في المسند : ٣٨٩/٤ .
والدارقطني في سننه : ٢٢٣/٤ .

(٤) ابراهيم بن ميسرة الطائفي ، نزيل مكة ، ثبت حافظ ، من الخامسة ، مات سنة ١٣٢هـ
روى له أصحاب الكتب الستة . انظر التقريب : ص ٢٤ .

(٥) عمرو بن الشريد الثقفي أبو الوليد الطائفي ، ثقة من الثالثة .
روى له البخاري ومسلم وأبو داود والنسائي وابن ماجة . انظر التقريب ص : ٢٦٠ .

والخبر الأول ، وخبر أبي رافع صحيحان في الباب .

وروى أصحابهم بطريق أبي سعيد أن النبي ص قال " الخليط أحق من الشفيع ، والشفيع أحق من غيره ..... " [١]

وروى ابراهيم بن ميسرة عن عمرو بن الشريد عن أبيه ان النبي ص سئل عن ارض ليس لأحد فيها شرك ولا نصيب إلا الجوار بيعت ، فقال عليه الصلاة والسلام : " الجار أحق بصقبه " . [٢]

وأوّل بعضهم الخبر الذي رويناه وقال " معناه إذا وقعت الحدود وصرفت الطرق بحيث لم يبق هو جاراً ملاصقاً وصار جاراً مقابلاً ألا ترى انه شرط شيئين . [٣]

وعندكم : بمجرد إيقاع الحدود تسقط الشفعة وان لم تصرف الطرق .

وأما عندنا : فشرط صرف الطرق في نفي الشفعة لما بيّنا .

الجواب ان المراد بالجار المذكور هو الشريك ، واسم الجار يقع على الشريك ، لأنه يجاور شريكه ويساكنه في الدار المشتركة والمرأة تسمى جارة على هذا المعنى ، قال : الأعشى : [٤]

أجارتنا بيني فانك طالقه   كذاك أمور الناس تغدو وطارقه

---

(١) عزاه في نصب الراية الى ابن أبي شيبة في مصنفه وعبد الرزاق في مصنفه وهوعندهما من قول ابراهيم النخعي وليس مرفوعاً .
انظر نصب الراية : ٤/١٧٦ .

(٢) رواه الإمام أحمد في مسنده " ٤/ ٣٩٠ .

(٣) أي انظر الاسرار : ١/١٧٤/أ (مراد ملا) .

(٤) الأعشى الكبير واسمه " ميمون بن قيس " انظر : ديوانه ص ٢٦٣ ، وروايته في الديوان :
==

قال يحيى بن معين : لم يسمع الحسن عن سمرة شيئاً إنما هو صحيفة وقعت إليه [١] .

وقال غيره [٢] : سمع الحسن عن سمرة حديث العقيقة فحسب .

وأما الخبر الثاني : فقد قيل : عبد الملك بن أبي سليمان لين الحديث . [٣]

وقال الشافعي [٤] رضي الله عنه : يخاف الا يكون محفوظاً .

وعن شعبة انه أنكر هذا الحديث وقال : ان روى عبد الملك مثل هذا حديثاً تركتُ حديثه " . [٥]

وإن ثبت فنحمله على الشريك لقوله : " إذا كان طريقهما واحداً " .

قال ذلك لأن الطريق / إنما يكون واحداً على الحقيقة في **١٥٩/أ** المشاع دون المقسوم .

وأما حديث أبي رافع [فقد تكلم أهل الحديث فيه ، واضطربت الرواية فيه فقال بعضهم : عن عمرو بن الشريد عن أبي رافع .

وقال بعضهم : عن أبيه عن أبي رافع .

وارسله بعضهم وقال فيه قتادة عن عمرو بن شعيب عن الشريد] . [٦]

وأما خبر أبي سعيد والشريد على ما ذكروا فلا يثبتان أصلاً .

(=) " ياجارتي بيني فانك طالقه كذاك أمور الناس غادٍ وطارقه "

وقد ذكر هذا المعنى الخطابي في المعالم استدلالاً به : ٣/٧٨٥ ، ٧٨٧ .

وعلى ان في اسانيد أخبارهم مقال .

(١ ، ٢) قاله الخطابي في المعالم : ٣/٧٨٧ .

(٣، ٤، ٥) قاله الخطابي في المعالم : ٣/٧٨٨ .

(٦) ما بين القوسين نقلا من المعالم : ٣/٧٨٧ .

وأما الأخبار التي رويت في نفي الشفعة إلاّ للشريك فاخبار صحاح وليس لأحد فيها مقال .[1]

وقد روى أبو داود بالإسناد الذي بيّنا عن جابر قال : انما جعل رسول الله ص الشفعة فيما لم يقسم فإذا وقعت الحدود وصرفت الطرق فلا شفعة " .[2]

وروى أيضاً باسناده عن ابن المسيب عن أبي هريرة قال : قال رسول الله ص إذا قُسمت الأرض وحُدّت فلا شفعة فيها " .[3]

وتأويلهم الأول ، ليس بشئ ، لأن الخبر يقتضي نفي الشفعة في آخر الخبر لما أثبتها في أول الحديث ، وذلك الشفعة بالبيع ، وهذا التأويل لايقوله إلاّ مجازف.

وقولهم " **انه محمول على الجار المقابل** " .

قلنا : في الخبر نفي الشفعة بالقسمة ، ومعلوم أن الجار الملاصق يبقى جاراً بعد القسمة ، وعلى هذا أكثر القسمة فإن الشريك يصير بعد القسمة جاراً ملاصقاً وقد كان شريكاً من قبل .

فأما ذكر صرف الطرق فالمراد منه هو الطريق في المشاع ، وذلك لأن الطريق قد يكون في المشاع شائعاً بين الشريكين قبل القسمة وكل واحد يدخل من حيث شاء ويتوصل إلى حقه من الجهات كلها ، فإذا قسم

---

(١) قاله الخطابي في المعالم : ٧٨٧/٣ .

(٢) انظر سنن أبي داود : ٧٨٤/٣ مع المعالم ، باب في الشفعة .

(٣) انظر سنن أبي داود : ٧٨٥/٣ مع المعالم ، باب في الشفعه .

العقار بينهم مُنع كل واحد منهم أن يتطرق شيئاً من حق صاحبه وأن يدخل في ملكه إلاّ من حيث جعل له فمعنى صرف الطرق هذا .

وقد قيل : ان صرف الطرق مذكور على العادات ، لأن العادة ان الحدود إذا ضُربت صُرفت الطرق فذكر على ذلك ، لأنه شرط النفي للشفعة وقد يوجد صرف الحدود وصرف الطرق والجوار على التلاصق ، فهذا وجه الكلام في الأخبار والمعتمد هذا .

ومَنْ سَلَكَ طريق المعنى فسهل جداً ، لأن استحقاق الإنسان مال الغير وتملكه عليه خارج عن قواعد الشرع وقوانينه ، وإن ثبت للشريك فهو مسلم للإجماع أو للنص .

وأما الجار فلا حق له فوجب الرجوع إلى القاعدة الكلية في الشرع وهو أن تملك مال الغير بغير رضاه لايجوز .

وقد قال رسول الله ص " كل إمرئ أحق بماله من ولده ووالده والناس أجمعين "[1] .

ولأن الجوار ليس بسبب لإستحقاق حق ما على الجار واستحقاق مال الغير بلا سبب باطل .

وأما حجتهم :

تعلقوا بالأخبار التي قدمناها ، وقد ذكرنا الكلام عليها ، ومن جهة المعنى قالوا : الشفعة وجبت للشريك بعلة الضرر ، ونعني " بالضرر " سوء المشاركة وأذى الصحبة ، والشرع قد أوجب دفع الضرر ما أمكن ووجه دفع الضرر أخذ الشقص بالشفعة وتملك نصيبه عليه إلاّ إنهما ماداما

---

(١) سبق تخريجه .

أصلين لاتجب الشفعة ، لأنه ليس ايجابهما لأحدهما بأولى من ايجابها للآخر فإذا صار احد الشريكين دخيلاً ترجح حق الآخر عليه لكونه أصيلاً فثبت له الأخذ لدفع ضرره .

وهذا المعنى بعينه موجود في الجار ، لأن أذى المجاورة معهودة في العادة مثل أذى المشاركة .

وتحريرهم : وهو ان الجار خائف ضرره على وجه الدوام بجهة معهودة عرفاً فثبت له حق الشفعة فيما اشتراه .

دليله : إذا كان شريكاً .

قالوا : وليس كالجار المقابل لأنه لاضرر هناك فإن الطريق حاجز وأيضاً فإن الجار الملاصق كالشريك من حيث أن الأذى بإتصال الملك بالملك بخلاف الجار المقابل فإنه لايخاف أذاه باتصال ملكه بملكه فلم يشبه الشريك فلم تجب له الشفعة .

قالوا : وليس كالمنقول ، لأن الضرر في المنقول وان تصور لكنه يمكنه دفعه ببيعه نصيبه وليس في بيعه نصيبه كثير ضرر ، لأن المنقول لايشتري ليقتني ولا يملك ليمسك ، بخلاف العقار فتحقق الضرر في مسألتنا من حيث انه لايمكنه الخلاص عن ضرره إلا ببيع ما اشتراه للقنية وبيع ما اشتراه للقنية والإمساك ضرر عظيم ، ولايمكن تكليفه الصبر على هذا الضرر ، لأن فيه إضرار بالأصيل بسبب الدخيل وحفظ جانب الأصل أولى بدفع الضرر عنه فتعين أخذ ما اشتراه بالثمن الذي اشتراه به / وليس في أخذه كثير ضرر يلحق المشتري ، لأنه يوفّر عليه **١٥٩/ب** الثمن الذي اشتراه به ويعيده إلى رأس ماله الذي نقده ، فغاية ما في الباب أن يصير كأنه لم يشتر .

قالوا : ولايجوز أن يقال : انه يدفع ضرره بالمرافعة إلى القاضي لأن الحاجة إلى المرافعة إلى القاضي ضرر ، وربما لايندفع أيضاً ، والضرر لايدفع بالضرر .

قالوا : ولايجوز أن يقال انه لو ثبت حق الشفعة للجار لوجب أن يزاحم الشريك كصاحب النصيب القليل مع صاحب النصيب الكثير ، وذلك لأن حق الشفعة للجار عندنا واجب ، إلاّ أن يتقدم عليه الشريك لقوة سببه .

ويجوز أن يقدم حق على حق ولايدل التقديم على السقوط .

ألا ترى أن الأخ للأب والأم يقدم على الأخ من الأب ولايدل ذلك على سقوط إرثه أصلاً ، كذلك ههنا .

وبيان قوة سبب الشريك : هو أن الضرر الذي يلحقه من شريكه أكثر من الضرر الذي يلحقه من الجار لوجود الحاجز من الحائط بين الجارين وعدمه في الشريكين .

الجواب :

إن الأصح عندنا ان إيجاب الشفعة للشريك غير معلل ، وإنما هو بالنص أو الإجماع ، لأنها ان عُلّلت باتصال الملك بالملك فليس في اتصال الملك دليل على وجوب الشفعة ، وان عُلّل بالضرر فنفس الأخذ ضرر على المشتري ، والضرر لايدفع بالضرر .

وقولهم : " هذا دخيل وهذا أصيل " .

قلنا : ليس في صفة الدخيلية معنى يوجب أخذه ملكه ، ولا في صفة الأصيلية معنى يوجب استحقاقه ملكه ، وهذا لأنه وإن كان دخيلاً ، ولكن إنما انتقل إليه الملك الذي كان للبائع وحين كان للبائع لم يكن لأحد

فيه حق التملك فإذا انتقل إلى المشتري يوجب أن يكون كذلك أيضاً ، وعلى ان الضرر الذي قلتم يمكن دفعه بالمرافعة إلى السلطان حين دفع ظلمه ولا ضرورة في استحقاقه ملكه .

وقولهم : " **ان المرافعة ضرر** " .

قلنا : المرافعة لدفع الضرر ودفع الضرر قط لايعد ضرراً .

وقد قال الأصحاب : ان عللنا الأخذ بالشفعة بالضرر فهو ضرر مؤونة المقاسمة .

ويمكن الجمع بين هذا المعنى ، والمعنى الذي قالوه ، لأنه يخاف الأذى من الشريك فيحتاج إلى المقاسمة ، وللمقاسمة مؤونة تلحقه فيأخذ بالشفعة لدفع هذه المؤونة .

يبينه : ان اعتبار هذا الضرر أولى من الضرر الذي قلتم ، لأن ذلك الضرر يمكن دفعه بغير التملك بالشفعة وذلك بما ذكرنا من المرافعة الى السلطان ، ولأنه رجل ورجل فإذا ضارّ يضارّه وإذا آذاه يؤذيه وإذا مَا كَرِهَ يماكره .

وأما الضرر الذي قلناه فلا يمكن ولايتصور دفعه إلاّ بالأخذ بالشفعة .

فإن قالوا : هذا الضرر الذي قلتم لايعدّ ضرراً ، لأنه حق مستحق شرعاً فلا يعد ضرراً ليثبت لأجله حق التملك الذي قالوه .

ولأن هذا يبطل بدار بين ثلاثة نفر لاجدهم ثلثها وللآخر نصفها وللآخر سدسها باع صاحب الثلث نصيبه فإنه يثبت لصاحب النصف أخذه بالشفعة ، ولايتخلص من مؤونة القسمة بأخذه بل يزداد مؤونة المقاسمة .

قلنا : أما قولكم : " انه حق مستحق شرعاً " .

قلنا : مستحق شرعاً بجملة من مساو له في الملك ، فأما من دخيل لايساويه فلا ، وعلى أنا إذا أثبتنا له حق الأخذ بالشفعة ذهب

الإستحقاق الذي قالوه ، والسؤال مشكل .

وأما المسألة التي أوردواها هنا " .

قلنا : هو بالأخذ يتخلص عن المؤونة التي تلحقه من جهة المالك الثلث وبقي ما يلحقه من جهة اشريك الثالث فقد يتخلص من إحدى المؤونتين .

وقد بينّا ان الشفعة لدفع هذا الضرر ، وقد تحقق في هذا الموضع دفع الضرر .

وقولهم : " **ان حال الجار بمنزلة حال الشريك** " .

فمحال ، لأن الشركة سبب لمواجب شرعية بدليل ايجاب القسمة ، والمنع من التصرف بخلاف الجوار فإنه ليس بسبب لوجوب حقٍ ما .

إنما غاية ما في الباب انه يجب ألا يؤديه ، وهذا واجب في حق كل الناس إلاّ أن الشرع خص الجار بالزجر عن اذاه لأن في العادة ان الجار أمكنُ من اذى الجار منه من أذى غيره .

ولهذا المعنى قدّم عليه الشريك عندهم فثبت انه لايساويه وايجاب الشفعة غير معلل على الصحيح من الطريقين فاختص بموضع النص ولم يلحق به الجار الذي لايساويه كما لايلحق الجار المقابل بالجار الملاصق عندهم ، لأنه لايساويه ، والله أعلم بالصواب .



((مسألة))

تجب الشفعة عندنا في الشقص الممهور، وكذلك إذا جعله بدلاً في الخلع والصلح عن / دم العمد أو جعلاً في الإجارة .[1] ١٦٠/أ

وعندهم : لاشفعة في شئ من هذه العقود .[2]

لنا :

انه شقص مملوك بعوضٍ فتجب فيه الشفعة ، كما لو ملك بالبيع ، وهذا لأن الشفعة وجبت في المملوك بالبيع ، لا لأنه عقد بيع لأنه ليس في كونه بيعاً معنىً يوجب الشفعة بل تجب لأنه شقص مملوك بعوضٍ .

والدليل على ان المعنى هذا : ان حقيقة الشفعة استحقاق ملك لدفع ضرر ، فإذا تحقق الضرر وأمكن إيجابُها نوجبُها وقد تحقق الضرر في هذه المسائل ، لأنه ان لم يتحقق الضرر في هذه الصورة لايتحقق أيضاً في البيع ، وإنما قلنا : إن الإيجاب ممكن ، لأنه لما ملك بعوضٍ فقد امكن الأخذ ، لأنه يأخذه بمثل العوض إن كان له مثل ، وإن لم يكن له مثل يأخذه بقيمة العوض ، كما لو باع شقصاً بعبدٍ أو ثوبٍ فإن الشفيع يأخذ بقيمة العبد أو الثوب ، والعوض في مسألتنا متقوم لأن عوض الشقص هو منافع البُضع وهي متقومة بدليل تقوّمها بالعقد الصحيح والفاسد ، ولأن منافع البُضع أعزّ من كثير من الأموال ، وحرمتها أكثر وأوفر ، فإذا تقوّمت الأعيان فلأن يتقوّم منافع البُضع

---

(١) المهذب : ٤٩٨/١، النكت ورقه : ١٧٧/ب ، الحاوي الكبير : ٢٣٢/٧ .

(٢) انظر الاسرار : ١٧٤/١/ب (مراد ملا) ، مختصر القدوري : ٣٥٨/١ ، ٣٥٩ ، مختصر الطحاوي ص ١٢١ .

أولى ، وكذلك في سائر منافع البدن ، وكذلك دم العمد ، وقد ذكرنا الدليل على هذا في كتاب النكاح والغصب .

وإذا ثبت التقوّم ثبت إمكان الأخذ فأشبه إذا ملك البيع .

وأما حجتهم :

قالوا : شقص مملوك لا في مقابلة مالٍ فلم تجب فيه الشفعة ، كما لو ملك بالهبة .

وتحقيقهم : إن حقيقة الشفعة تملك الشقص بمثل ما يملكه به صاحبه فلابد أن يكون التملك حاصلاً بمال مثل حتى يمكن إيجاب الشفعة والمنافع لا مثل لها ، وقد ذكرنا هذا في كتاب الغصب وكذلك منافع البُضع غير متقومة في الأصل ، وإنما تقوّمت نصاً في مواضع مخصوصة ، وهذا لأن منافع البُضع جعلت كأجزاء الآدمي ، وأجزاء الآدمي غير متقوّمة في الأصل كذلك منافع البُضع .

وإذا ثبت انها غير متقوّمة في الأصل فات شرط الأخذ فلم يوجد .

وخرّج على هذا إذا ملك بعبد أو ثوبٍ ، ولأن إيجاب الشفعة لايمكن إلاّ مع اعتبار الجهة التي وجبت الشفعة بها ، ومعنى اعتبار الجهة : هو أن يكون وجوبها بجهة يطلب بها المال ليكون جهة الأخذ بالشفعة مساوية للجهة الموجبة للشفعة، وهذا لايوجد في مسألتنا ، لأن النكاح لايطلب بها المال بل المطلوب من النكاح السكن وإلا لغة ، وإنما المال تبع العرض في الإبتداء فإن مَنْ أراد أن يتزوج على شقص لايستحب ، ولهذا المعنى لايستحب فيه عرضه على الجار ليكون هذا صداقاً لابذاته بخلاف البيع .

وربما يقولون : ان الأخذ بالشفعة في الإنتهاء واجب ليكون بدلاً عن العرض المستحق في الإبتداء فلا يجب إلاّ في موضع يستحق العرض في

الإبتداء .

وقد قال مشايخهم : ان البضع لايقوّم إلاّ على عاقدٍ أو متلفٍ ، والشفيع ليس بعاقد ولا متلف فلا يجوز تقويمه عليه ، كما لايجوز تقومه على الغاصب .

الجواب :

أما الفصل الأول :

قلنا : قولكم " مملوك لا في مقابلة مال " .

قلنا : كونه مملوكاً في مقابلة عوض كافٍ لوجوب الشفعة ، لأن هذا القدر أمكن الإيجاب على سبق .

والحرف : انه إذا ملك بعوض عقداً لابد ، وأن يكون متقوماً ، وإذا كان متقوماً أمكن الإيجاب .

وعلى أن ما قالوه ، فهو كلام ينوه على مذهبهم .

وعندنا : ان منافع البُضع متقومة في الأصل على ما بيّنا في كتاب النكاح ، وإذا كانت متقومة فتكون قيمة المنافع مثلاً لها معنى ، كما تكون الدراهم والدنانير مثلاً للعبد والثوب معنىً .

وأما الطريقة الثانية :

قلنا : قد وجدت المماثلة جهة ، لأن الشقص ملك بعوض والتملك من الشفيع حاصل بعوض .

وأما قولهم : " لايطلب المال بالنكاح " .

قلنا : من جانب المرأة مطلوب ، وقد وصل إليها قيمة بُضعها ، لأن عندنا يوجب الشقص بمهر مثلها .

أما في جانب الزوج فالنكاح قائم وملكه في البُضع على ما ثبت ابتداء العقد ولايمسُّه أخذ الشقص بالشفعة بحال ، والله أعلم بالصواب .



((مسألة))

إذا وجبت الشفعة للجماعة فإنها تقسم بينهم على مقادير انصبائهم في أحد قولي الشافعي .[(١)]

وفي قول الآخر بقسم بينهم على عدد الرؤوس[(٢)] ، وهو قول أبي حنيفة[(٣)] واختيار المزني .[(٤)]

والأصح هو القول الأول .[(٥)]

ووجه ذلك ان / الشفعة حق الملك فيقسم بين الشركاء على قدر **١٦٠/ب** الملك .

دليله : الغلّات والأرباح .

ودليله : شرب الأراضي .

ويمكن أن يقال مرفق الملك بدليل ان الرفق اسم النفع وهـــذا الحق واحـــد

---

(١) المهذب : ١/٥٠٠ ، النكت ورقه ١٧٧/ب ، الحاوي الكبير : ٧/٢٦ ، روضة الطالبين : ٥/١٠٠ .

(٢) المهذب : ١/٥٠٠ ، النكت ورقه ١٧٧/ب ، الحاوي الكبير : ٧/٢٥٦ ، روضة الطالبين : ٥/١٠٠ .

(٣) الأسرار : ١/١٧٤/أ (مراد ملا) ، مختصر الطحاوي ص ١٢١ ، مختصر القدوري :١/٣٦٣ (مع الجوهرة النيرة) ، إيثار الانصاف ص ٣٣٢ .

(٤) المهذب : ١/٥٠٠ ، الحاوي الكبير : ٧/٢٥٧ .

(٥) الحاوي الكبير : ٧/٢٥٦ ، وقال الماوردي " قاله في الجديد وهو الصحيح " أهـ .

وقال النووي في الروضة : " وهو أظهرهما " أهـ . ٥/١٠٠ .

ينتفع بسبب ملكه ، ألا ترى انه متى كمل ملكه كمل منافعه ومرافقه بداره .

والأول أحسن .

والدليل على أنها حق الملك ان الشفعة حق من الحقوق ، وإنما استحقه الشفيع بملك نصيبه ، فثبت قطعاً انه حق ملك .

وعلى أنا نعني بقولنا " انه حق ملكه " انه يستحقه بملكه .

وإذا ثبت انه حق الملك فنقول :

مَنْ كثر ملكه كثر حق ملكه وَمَنْ قلّ ملكه قلّ حق ملكه ، وهذا لأن حقوق الملك أتباع الملك وفروعه ، فإذا كثرت الأصول كثرت الأتباع والفروع ، وإذا قلّت الأصول قلّت الفروع ، بل تعتبر الفوائد الحكمية بالفوائد الحاصلة بالأفعال الحسّية ، ومعلوم أن ما يحصل بالأفعال الحسّية من الأملاك فانها تقسم بين الشركاء على مقادر الأفعال الحسّية بدليل الفرسان مع الرّجالة في الغنائم ، فإنها تقسم بينهم على التفاضل لتفاضل أفعالهم الحسية فإن مَنْ كانت آلته أكثر كانت أفعاله أكثر ، وإذا كانت أفعاله أكثر كانت فوائد أفعاله أكثر ، كذلك الفوائد الحاصلة بالأسباب الحكمية وجب أن يكون كذلك فمَنْ كان سببه أكثر كانت فوائده أكثر واصابته أوفر وهذا حرف معتمد .

وأما حجتهم :

قالوا : استووا في سبب الإستحقاق فيستوون في الإستحقاق كما لو استووا في الأنصباء .

وإنما قلنا " استووا في سبب الإستحقاق " لأن الشفعة حق مستحق بأصل الملك لابقدر الملك بدليل أن مَنْ قلّ نصيبه يستحق الشفعة عند الإنفراد

في نصيب مَنْ كثر نصيبه مثل مَنْ كثر نصيبه يستحق الشفعة على مَنْ قلّ نصيبه وصورته

إذا كانت داراً بين اثنين لاحدهما سهم من عشرة أسهم والباقي للآخر فايّهما باع نصيبه استحقه الآخر ، وهذا لأن الشفعة حق واجب لدفع ضرر عن الملك أو لضم ملك الى ملك ليتم له مرافق الملك فيستوي فيه مَنْ كثر فيه نصيبه وَمَنْ قلّ نصيبه كالمنع من المتصرف لما ثبت لدفع الضرر عن الملك والمطالبة بالقسمة لما ثبت لإفراد مرفق الملك استوى في ذلك مَنْ نصيبه وكثر نصيبه .

وقال أبو زيد : [1]

[نفس الشركة علة استحقاق الشفعة بدليل ما بيّنا فالزيادة في الشركة تصير علة أخرى مثل الأولى لذلك الحكم بعينه ، وهو استحقاق المبيع فلا يزداد له الإستحقاق بزيادة العلة في ذلك الحكم بعينه ، لأن المستحق بعلة لايتصور أن يستحق بعلة أخرى غير الأولى ، لأنه واحد] [2] ، وصار هذا بمنزلة شاهدين شهدا له بشئ وأربعة شهدوا لصاحبه يستويان ، لان شهادة شاهدين علة تامة في الإستحقاق فلم يزد الإستحقاق بزيادة العلة ، [وكذلك مَنْ جرح إنساناً جراحة واحدة وجرحه آخر عشر جراحات ومات المجروح استويا في الضمان الواجب لأن الجرح علة تامة في الموت وان كان واحداً فزيادة الجرح يكون زيادة علة على علة صاحبه

---

(١) انظر الأسرار : ١/١٧٤/أ (مراد ملا) .

(٢) ما بين القوسين نقلا من الأسرار : ١/١٧٤/أ (مراد ملا) .

فلم يوجب زيادة ضمان ، وكذلك منْ يحتج بآية واحدة والآخر يحتج بآيتين يستويان ، وكذلك في الخبر ، قالوا : وليس كالغلة لأنها تجب بدلاً للمنفعة فتقدر بقدر الأصل ، وهذا لأن ما يقابل هذا لجزء من الثمن لايقابل الجزء الآخر إنما يقابل غيره فلم تجتمع العلتان في محل واحد بل كل[1] واحدة في محل على حده .] [2].

قالوا : وأما الثمار والأولاد فأشياء متولدة من الأصل فيكون بقدر الأصل ، فإن ثلث الشجرة لا يُولّد إلا ثلث الثمرة والثلثان يولّد ثلثين أخرين .

وأما الشرب فاستحقاقه بحاجة الأرض فيكون حق هذه الأرض غير حق الأرض الأخرى ، لأن الحاجة تختلف فالحق يختلف .

قالوا : وقولكم " انه حق الملك " .

قلنا : لانسلم انه حق الملك ، لأن محل الملك هو البقعة وهذا الشقص جزء من البقعة مثل الجزء الذي هو لصاحبه وإذا كان جزءاً من البقعة لايكون حقاً له بل هو حق المالك بعلة الشركة لدفع ضرر الدخيل ، فهذا سر المسألة .

قالوا : " **وأما قولكم هو مرفق** " .

قلنا : بلى هو مرفق لكن لا من حيث التولد من الأصل حكماً باعتبار ورود العقد عليه مثل الغلة ، ولا أيضاً يتولد من ذاته مثل الولد والثمرة ، بل هو مرفق الملك من حيث أن ملك الأصل علة وثبوت

---

(١) في المخطوط (كان) والتصويب من الاسرار .

(٢) ما بين القوسين نقلا من الاسرار : ١/١٧٤/أ (مراد ملا) .

حق التملك بالمبيع حكم له ثم الملك يتولد من الثمن الذي يعطيه ، وإذا صار مرفعاً من حيث حكم العلة لم تؤثر منه زيادة / العلة على ١٦١/أ ما بينا .

وإذا ازدحموا في محل واحد وتضايق المحل عنها استووا .

[قالوا : ولايلزم الغنيمة ، لأن القهر والاستيلاء فعل حسي في محلٍ ، والمصاب يتفاوت بتفاوت الإصابة ، ومعلوم أن إصابة الفرسان أكثر من اصابة الرجالة فهو كما لو رمى رجلان فأصاب احدهما رجلاً والآخر أصاب رجلين تفاوتا في الضمان لتفاوتهما في الجرح والمجروح .

وأما مسألتنا فالمحل هو المبيع قلّ أو كثر وكل نصيب وان قلّ فهو علة تامة في استحقاق كله ولايزداد المحل بإزدياد النصيب فهو كالجراحات في شخص واحد والمصاب منه هو الحياة ، وكل جرح علة تامة في إصابتها فلفت زيادة الجرح كذلك هاهنا يلغو زيادة النصيب ، ولأن عناء الراجل غير عناء الفارس فلم يشتركا في أصل العلة ، وهاهنا اشتركا في أصل العلة ، لأن أصل العلة هو الملك .] [1]

قالوا : ولايلزم إذا مات الرجل عن بنت وأخ وأخت حيث يتفاضلون في الإستحقاق وان كان كل واحد لو انفرد استحق جميع الباقي ، لأن في تلك المسألة ، قد اختلفت العصوبة لأن العصوبة بالبنت غير العصوبة بالأخ ، وعلة الإستحقاق العصوبة ، وقد جعل الشرع العصوبة بالبنت علة لاستحقاق الباقي ، وجعل العصوبة بالأخ علة لاستحقاق

---

(١) ما بين القوسين نقلاً من الأسرار : ١/١٧٤/ب (مراد ملا) .

نصف ما يستحقه الأخ فكان التفاوت للتفاوت في نفس العلة بخلاف مسألتنا على ما سبق .

قال أبو زيد :[1]

[نحن علّلنا لإلغاء علة تنضم الى علة بحكم واحد في إيجاب زيادة فالأخ ما استحق الزيادة بانضمام علة الى علةٍ فلم يكن من هذا الجنس .

قالوا : ولايلزم العبد إذا فقأ عين رجل خطأً وقتل آخر خطأً ودفع لهما حيث يكون أثلاثاً وان كان كل واحد يستحق الجميع عند الإنفراد ، لأنه يأخذه بدلاً عما فات بالجناية مقابلاً إياه فيتقدر بقدره عند المزاحمة بحكم المقابلة لا بزيادة علة ، ولأن القتل غير الجرح فلم يستويا في أصل العلة][2] وقد ألزم المزني مسألة على أصل الشافعي رضي الله عنه وهو أن العبد لو كان لثلاثة نفر لاحدهم نصفه وللآخر ثلثه ولآخر سدسه اعتق صاحب الثلث والسدس نصيبهمايضمنان نصيب صاحب النصف على السوية ولايتفاوت الضمان بتفاوت مالهما من النصيب .

الجواب :

قولهم " **استووا في سبب الإستحقاق** " .

لانسلم ، وهل وقع النزاع إلاّ في هذا ؟ .

أما قولهم : " ان سبب استحقاق الشفعة أصل الملك لاقدر الملك " .

قلنا : قد بينا ان الشفعة حق الملك ، أو مرفق من مرافق الملك وإذا كان كذلك فلا يجوز أن يقال :انــــه يستحق بأصلالملك ويُعرض عن

---

(١) انظر الأسرار : ١/١٧٤/ب (مراد ملا) .

(٢) ما بين القوسين نقلاً من الاسرار : ١/١٧٤/ب (مراد ملا) .

القدر ولايعتبر بحالٍ .

وأما قولهم " ان صاحب القليل يأخذ جميع صاحب الكثير ولا يأخذ بقدر ملكه " .

قلنا : انما كان كذلك بعارض دليل : وهو ان الشفعة وجبت لدفع ضرر الدخيل ولايندفع إلاّ بأخذ الكل فثبت له أخذ الكل لأن الفائدة لاتحصل بدونه .

وأما في مسألتنا قد اندفع ضرر الدخيل بإيجاب الشفعة للشركاء وإنما الكلام في قسمة الشقص فيما بينهم فيرجع إلى ان الشفعة في نفسها حق الملك أو مرفق الملك فتكون القسمة بقدر الملك .

يبينه : انه لاشركة بين الشفيع والدخيل في الشفعة والتفاوت في القدر انما يظهر بين الشركاء في الشئ فعند القسمة يظهر التفاوت ، أما عند إيجاب أصل الحق فلا .

والحرف : ان ملك النصيب علة ثبوت الأخذ لكل المبيع بالوجه الذي بيّنا ، والتفاوت بين الشركاء غير ثابت بهذه العلة ، لكن بعلة أن المأخوذ مرفق ملكه فوجب التفاوت بينهم لحق المرفق لأنهم أصحاب الأصول الجالبة لهذه المرافق فكان المرفق بقدر الأصول إذا وقعت القسمة بين أصحاب الأصول .

والدليل على أن الواجب مرفق ملكه ان الرفق اسم للنفع ، وهذا الحق أحد ما ينتفع به بسبب ملكه ، ألا ترى أنه يكمل له الملك في البقعة فيكمل منافعه ومرافقه .

وهم يقولون : ان الشفيع لايأخذ المبيع من حيث انه حق ملكه أو مرفق ملكه شرعاً ، بل يصير بملكه القديم أحق من الدخيل بالمبيع فيكون

معنى قول القائل " حق ملكه " أيّ الحق له وهو كونه أحق به من الدخيل، وكذلك هذا هو المعنى بالمرفق فأما أن يكون حقاً أو مرفقاً مثل سائر الحقوق والمرافق فلا .

يبينه : أنكم سلمتم ان أصل الملك سبب لوجوب الشفعة في / **١٦١/ب** جميع المبيع عند الإنفراد وعند الإجتماع ، وقد وجد هذا السبب لكل واحد من الشركاء فقد استووا في السبب فعند المزاحمة يستوون أيضاً .

والدليل على أن الحق قد ثبت لكل واحد في جميع المبيع عند الإجتماع ان بعضهم لو ترك حقه يكون للباقين أن يأخذوا ، ولو ترك كلهم وبقى واحد فلذلك الواحد أن يأخذ جميع المبيع ، ونحن نقول ان الثابت حق الملك أو مرفق الملك .

قولهم : " **ان الثابت له كونه أحق بالمبيع من الدخيل** " .

قلنا : هذا هو حق الملك ، لأنه يأخذ بسببه ، ولأن الأخذ يثبت ملكه في المأخوذ ، والمأخوذ يصلح أن يكون حقاً أو مرفقاً فصار بملك الشقص حقاً لملكه وهو مرفق أيضاً ، لأنه اتمام ملكه في البقعة على ما سبق .

وقولهم : " **انه يثبت لكل واحد جميع الشفعة** " .

قلنا : نعم ، بتقدير الإنفراد ، فأما عند الإجتماع فحق كل واحد بقدر ملكه .

ونظيره : الفرسان مع الرّجالة يثبت لكل فريق الحق في جميع الغنيمة بتقدير الإنفراد ، ولهذا لو أعرض أحد الفريقين عن الغنيمة تكون جميعاً للفريق الآخر مثل مسألتنا سواء ، ومع ذلك عند الإجتماع ينظر إلى قدر العناء ، كذلك هاهنا عند الإنفراد يثبت الحق في الجميع ، وعند الإجتماع

يقسم على قدر الملك .

وخرج على ما قلنا مسألة الجراحة ، لأن الكلام في مرافق الملك وحقوقه ، وعلى أن الجراحة عملها في الباطن فلا يمكن الوقوف على مقادير أعمال الجراحات ، وربما يهلك بجراحة واحدة ويسلم مع جراحات كثيرة ، فأعرض الشرع عن عدد الجراحات واعتبر عدد الجارحين لهذا المعنى .

وأما هاهنا لاضرورة في الإعراض على مقادير الأملاك عند القسمة فلا يعرض .

وأما المسألة التي ألزمها المزني فقد منعوا .

وعلى أن الضمان وجب باعتبار الإتلاف فصار كالجناية المتلفة حقيقه من الجراحات .

وقد ذكرنا وجه الجواب عن ذلك ، والأولى هو المنع ، والمسألة في نهاية الإشكال وما ذكرنا هو الكلام بقدر الإمكان ، والله أعلم بالصواب .



((مسألة))

المشتري إذا بنى في الشقص المشفوع لم يكن للشفيع أن ينقضه مجاناً لكن يقال له إن شئت خذه بقيمته وان شئت فدع الشفعة .[1]

وعند أبي حنيفة ومحمد : ينقضه مجاناً .[2]

ولابد للمسألة من صورة معينة ، فإن عندنا لاتجب الشفعة إلاّ في البقعة المشتركة ، وأحد الشريكين اذا بنى في البقعة المشتركة فللشريك الآخر أن يمنعه من ذلك ، وان بنى ينقضه .

فصورة المسألة : أن يكون باع الشقص بثمن إلى أجل ورضى الشفيع أن يصبر إلى أن يحل الأجل ثم حينئذ يطالب بالشفعة فقبل أن يحل الأجل قاسم المشتري مع الشفيع ثم بنى .

وصورة ثانية: وهو أن يغيب أحد الشريكين ويوكل وكيلا بالقسمة ثم ان الشريك الحاضر باع نصيبه فقبل أن يصل الخبر إلى الغائب قاسم هو ووكيله مع المشتري وبنى المشتري ثم وصل الخبر إلى الغائب يطالب بالشفعة .

---

(١) النكت ورقه ١٧٨/أ ، الحاوي الكبير : ٢٦٧/٧ ، روضة الطالبين : ٩٤/٥ .

وهو رواية عن أبي يوسف ذكرها الطحاوي في المختصر ص ١٢٣ .

(٢) الأسرار : ١/١٧٥/أ (مراد ملا) ، مختصر الطحاوي ص ١٢٣

وقال الطحاوي : " وهو الصحيح عند أبي يوسف وبه نأخذ " أهـ .

مختصر القدوري : ٣٦٥/١ (مع الجوهرة) .

لنا :

ان المشتري بانٍ بحق فلا يُنقض بناؤه عليه مجاناً .

دليله : إذا لم يكن للشفعة شفيع ، وهذا لأن حق الحق أن يقر عليه فاعله ، وحق الباطل أن يتنقض على فاعله ودليل انه بانٍ بحق انه يبنى في ملكه الذي لاحق لأحد فيه سواه .

فإن قالوا : " للشفيع فيه حق " .

قلنا : للشفيع حق الأخذ وهو التملك فقبل أن يأخذ ويتملك لاحق له في المأخوذ ، ولهذا جاز له البناء ولا إثم عليه ، وكذلك يصح فيه كل تصرفاته من البيع والرهن والإجارة والهبة وغير ذلك ولو كان حق الشفيع ثابتاً في البقعة وجب أن لاتصح تصرفاته ، لأنه يكون متصرفاً في محل حق الغير فلا يجوز كالمالك إذا تصرف في البقعة المرهونة أو في البقعة المستأجرة .

وتحقيق المسألة : ان شرط أخذ الشفيع أن لايضر بالدخيل ، ألا ترى أنه لايأخذ المشتري إلاّ بالثمن الذي قام عليه ، وإذا قلنا انه ينقض عليه بناؤه اضررنا به ضرراً عظيماً فلم يجز له الأخذ إلاّ بشرط أن يغرم له قيمة بنائه ليكون أخذ الشفعة بشرطها .

يبينه : انه لو جاز ان ينقض عليه بناؤه مجاناً ليصل إلى الشقص فجاز أن يعرض عن نقد الثمن ويأخذ الشقص فلما لم يجز له نقض شرائه إلاّ بما قام عليه ، كذلك لايجوز نقض بنائه مجاناً ، والحرف ما بيّنا .

وأما حجتهم :

قالوا : تصرف من المشتري يؤدي إلى إبطال حق الشفيع فيجوز للشفيع أن ينقضه عليه مجاناً .

دليله : إذا باع الشقص أو وهبه / وهذا لأن المشتري ممنوع شرعاً ١٦٢/أ
عن كل تصرف يؤدي إلى ابطال حق الشفيع صيانة لحقه عن الفوات والبطلان وإنما قلنا ان "هذا تصرف يؤدي إلى إبطال حقه "، لأنه استحق أن يأخذ الشقص بالشفعة من المشتري بالثمن الذي سمّى في العقد بلا زيادة وهاهنا لايمكن أن يأخذ به إلاّ بعد أن يغرم قيمة البناء زيادة على الثمن .

والحرف : ان الشرع مكّنه من الوصول إلى الشقص بذلك القدر وقد فات الوصول لما بيّنا على مازعمتم .

قالوا : وأما الضرر الذي يلحق المشتري في نقص بنائه عليه مجاناً فهو شئ عمله بنفسه ، لأنه كان ينبغي أن يقدم على البناء على أصل صحيح ، وانما أقدم على البناء على أصل فاسد ، لأنه بنى على تقدير أنه لاتؤخذ البقعة من يده ، وهذا طمع كاذب ، وتقدير فاسد فيكون في الحقيقة هو الذي جرّ هذا الضرر الى نفسه فلا يبالي به ، وان اضطرب من ذلك يقال له : " يداك أوكتا وفوك نفخ " .

وأما الضرر الذي يلحق الشفيع ضرر يلحقه من قبل المشتري فيدفع عنه وذلك بنقص البناء عليه ، وهذا كما لو باع المشتري الشقص من آخر وربح ربحاً كثيراً، فإن للشفيع أن ينقض عقده وفي نقض عقده فوات ربحه عليه ، وكما أن في نقض بنائه عليه ضرر فإهلاك ربحه عليه وثمن ملكه ضرر ، ولكن فعل ذلك للحق الذي قدمناه .

وحرفهم : انه يتقابل ضرران ، وهذا الضرر الذي يلحق الشفيع أولى بالدفع لما بيّنا .

قالوا : ولا يلزم إذا كان المشتري زرع زرعاً حيث لايقلع عليه

زرعه لانا انما ننقض عليه بنائه ، لأنه لايصل إلى حقه إلاّ بنقض بنائه ، وهناك يصل إلى حقه بدون قلع زرعه بأن يصير إلى أن يدرك الزرع ويحصده ثم يأخذ الموضع بالشفعة .

الجواب :

قولهم : " **إنه تصرف يؤدي إلى إبطال حق الشفيع** " .

قلنا : لايؤدي ، لأن حقه أخذ الشقص بثمنه وهو باقٍ على ما كان ، لأنه لايأخذ الشقص إلاّ بثمنه .

وقولهم : " انه لايصل إلى الأخذ إلاّ بغرامة البناء " .

قلنا : بلى ، ولكن يملك البناء ولايعد منعاً ، كما انه لايصل إلى الشقص إلاّ بنقد الثمن ، ولكن قبل تملك الشقص المشفوع في مقابلته فلم يعد منعاً .

قالوا : ربما لايكون له رغبة في البناء ، وربما لايكون عنده قيمة البناء ، ثم قالوا : قد كان يأخذ الشقص قبل البناء بمال معلوم ، والآن بعد البناء لايمكنه أن يأخذ به فقد تحقق إبطال حقه بالبناء بخلاف أصل الأخذ أنه لايتصور ثبوت أصل الأخذ إلاّ بثمن الشقص وما استحق الشفعة في الإبتداء إلاّ كذلك .

الجواب :

إن إبطال أصل حقه بالبناء لايمكن اثباته ، ألا ترى أنه لو أراد أن يأخذ ويغرم قيمة البناء له ذلك ، وانما نهاية ما في الباب انه لايتمكن من الأخذ إلاّ بزيادة غرم فيكون هذا نوع ضرر يلحقه في الأخذ من غير أن يكون منع مَنْ أخذ وهذا الضرر وإن كان ضرراً ولكن يقابله ضرر آخر وهو الضرر الذي يلحق المشتري بنقض بنائه عليه مجاناً ، ونقض البناء

مجاناً معاملة الظلمة والمشتري مالك ، ولايجوز أن يعامل المالك معاملة الظلمة فهذا ضرر عظيم يقابل الضرر الذي صوّروه في جانب الشفيع فنقول دفع أعظم الضررين أولى ، والضرر الذي يلحق المشتري أعظم لأنه يُنقضُ عليه بناؤه ويهلك عليه حقه بلا عوض يجبره ، وأما الشفيع يملك مالاً بإزاء بدل يعدله ، وهو البناء الذي يدخل في ملكه ، ومثل هذا لايعد ضرراً في الشرع بدليل جواز أصل أخذ الشقص من المشتري ، وبدليل جواز تملك الأب جارية ابنه عليه بالإستيلاد فتحقق الضرر في جانب المشتري ولم يبق ضرر في جانب الشفيع معنى لما ذكرناه .

وقولهم : " **إنه هو الذي أضرّ بنفسه** " .

قلنا : لم يضر بنفسه .

وقولهم : " **انه بناء على تقدير فاسد** " .

قلنا : لم يبن على ذلك التقدير وإنما بنى على تقدير انه إن لم يتفق أخذ الشفيع يبقى له بناؤه وإذا أخذ يغرم له قيمته فيعود إلى رأس ماله ، وهذا مثل أصل الشراء فإنه لايقال ان المشتري اشترى على تقدير فاسد وهو أن لايأخذ الشفيع حقه ، لكن قيل اشترى على تقدير صحيح وهو انه إن لم يتفق أخذ الشفيع بقى له الشقص ولو أخذ يغرم له الثمن فيعود إلى رأس ماله .

والحرف : انه في الصورتين حصل فعله لغرض صحيح وَمَنْ فعل فعلا لغرض صحيح لا .... [1] ضاراً بنفسه .

---

(١) في المخطوط الكلمة مخرومة ولعلها " يكون " .

قال أبو زيد :[1]

" الترجيح معنا ، لأن المشتري قد رضي بعض الرضا لما بنى مع **/١٦٢/ب** علمه بأن للغير حق استحقاق الشفعة .

وأما الشفيع ما رضي به أصلاً فيكون ما قبله أولى ، لأنه رجحان في نفس الضرر .

وما قلتم رجحان في بدله ، وهذا كلام باطل ، ونحن نقول :

ان المشتري مارضى بالضرر أصلاً ، وقول القائل رضي بعض الرضا ، كلام مجازف ، بل كلام عاجز ، لأن الرضا لايتبعض ، وعلى الطريق الذي ذكرناه قد تبين لكل منصفٍ انه لم يوجد الرضا بوجهٍ ما .

وأما سائر التصرفات فانما ينقضها لأنها تضمنت إبطال أصل حقه وهو أصل أخذ الشقص من المشتـــري بالثمن المسمى بخلاف مسألتنا على ما سبق فليس المعنى في نقض البيع الثاني دفع الضرر بدليل ان البيع الثاني لو كان بأقل من الثمن الأول نقض أيضاً ولا ضرر فيه بل فيه نفع ، ولكن المعنى ما بيّنا من قبل ، والله أعلم بالصواب .

---

(١) أي في الاسرار : ١/١٧٥/ب (مراد ملا) .

((مسألة المساقاة))

المعتمد في جواز المساقاة حديث عبيد الله [1] بن عمر عن نافع عن ابن عمر أن النبي ص " عامل أهل خيبر على شطر ما يخرج منها من ثمر وزرع .... "وهذا الخبر في الصحيحين . [2]

وقد تواتر الأخبار أن النبي ص لما فتح خيبر وغلب على الأرض والزرع والنخل طلب منه أهل خيبر أن يتركهم عليها يقومون عليها ويصلحونها فاعطاهم خيبر على ان لهم الشطر من كل ما يخرج من الأرض من ثمر وزرع .

قال الشافعي رضي الله عنه : أجاز رسول الله ص المساقاة وأجزناها بإجازته ، وحرّم كراء الأرض البيضاء ببعض ما يخرج منها فحرّمناها بتحريمه " . [3]

وأراد بهذا خبر رافع بن خديج ان النبي ص نهى عن المخابرة [4] .

---

(١) في المخطوط (عبد الله) والتصويب من صحيح البخاري ، وسنن أبي داود .

(٢) رواه البخاري في صحيحه : ١٠/٥ مع الفتح ، باب المزارعة بالشطر ونحوه .
ومسلم في صحيحه : ٢٠٨/١٠ مع النووي ، كتاب المساقاة والمزارعة .
وأبو داود في سننه : ٦٩٦/٣ ، ٦٩٧ ، مع المعالم ، باب في المساقاة .
والدارمي في سننه : ٢٧٠/٢ ، باب ان النبي ص عامل أهل خيبر .

(٣) قاله في الأم : ٢٣٨/٣ .

(٤) المخابرة : المزارعة قاله الخطابي في المعالم : ٦٩٤/٣ .
والحديث رواه : أبو داود في سننه : ٦٩١/٣ (عن سعيد بن المسيب عن رافع ابن خديج .) ورواه النسائي في سننه (مسنداً ومرسلاً) .

وعن ابن عمر انه قال : كنا نخابر كذا وكذا عاماً ولا نرى بذلك بأساً حتى أخبرنا رافع بن خديج ان النبي ص نهى عنها فتركناهالنهي رسول الله ص عنها .[1]

وأجاز الشافعي رحمه الله : العقد على الأرض البيضاء بين آضعاف النخيل قال : ولولا الخبر فيه عن رسول الله انه دفع إلى أهل خيبر النخيل على ان لهم النصف من النخيل والزرع وله النصف لم أجوّز فكان الزرع بين ظهراني النخيل .[2]

وقولهم " **ان في الخبر تأويلات** " .

بعيدة ضعيفة ذكرناها في كتاب البرهان ، وذكرنا وجوه بطلانها ، وليس للقياس مجال في المسألة ، وانما جوزناها بالسنة المحضية ولولاها لم نجوّزها .

وقد ثبت أيضاً ان عبد الله بن رواحة كان يأتيهم فيخرصها عليهم ثم يضمنهم الشطر فشكوا إلى رسول الله ص شدة خرصه وأرادوا أن يرشوه فقال : يا أعداء الله أتطعمونني السحت ؟، والله لقد جئتكم من عند أحب الناس إليّ ولأنتم أبغض اليّ من عدلكم [3] القردة والخنازير

---

(١) رواه البيهقي في سننه : ١٢٨/٦ ، باب ما جاء في النهي عن المخابرة والمزارعة

والبغوي في شرح السنة : ٢٥٧/٨ .

ومسلم في صحيحه بمعناه : ٢٠١/١٠ ، ٢٠٢ .

(٢) نص عليه في الأم : ٢٣٨/٣ .

(٣) هذه الكلمة ليست في الأموال لأبي عبيد .

ولايحملني بغضي إياكم وحبي إياه على أن لا أعدل بينكم فإن شئتم لي وإن شئتم فلكم فقالوا : بهذا قامت السموات والأرضوان .[1]

وقد فـرق بعض الأصحـاب من حيث المعنى بين المساقـاة والمزارعـة[1] ، وليس يتضح .

والمسألة خبرية ، والله أعلم بالصواب .

---

(١) رواه أبو عبيد في الأموال ص ٥١٥ .

ورواه أحمد بلفظ قريباً من هذا : ٣٦٧/٣ .

ومالك في الموطأ ، مع المنتقى : ١١٨/٥ ، باب ما جاء في المساقاة .



مسألة :

تملك الأجرة بنفس العقد عندنا .[1]

وعندهم : لاتملك إلاّ باستيفاء المنفعة أو بشرط التعجيل أو بنفس التعجيل .[2]

لنا :

إنه عوض في بيع فيملك بنفس العقد .

دليله : الثمن ، وهذا لأن الإجارة بيع المنفعة والأجرة عوضها مثل الثمن عوض عن المبيع في بيع الأعيان فلما ملك الثمن بنفس البيع وجب أن تملك الأجرة ، ولأنها تملك بشرط التعجيل ونفس التعجيل ونفس العقد أدل على ملك العوض من شرط التعجيل ، فإذا ملك بشرط التعجيل فلئن يملك بنفس العقد أولى .

يبينه : ان العوض إذا لم يملك بنفس العقد لم يملك وان شرط ملكه ، ألا ترى أن الثمن في البيع بشرط الخيار لما لم يملك بنفس البيع لم يملك وان شرط ملكه ، ولأن الكفالة بالإجرة جائزة ، وكذلك الرهن **/١٦٣/أ** والإبراء والشراء بها ، وهذه الأحكام دالة على الوجوب ، لأنه لاتتصور

---

(١) الأم : ٢٥١/٣ ، مختصر المزي مع الحاوي : ٣٩٥/٧ ، المهذب : ٥١٦/١ ، ٥١٧ ، النكت ورقه ١٦٥/ب ، الحاوي الكبير : ٣٩٥/٧ .

(٢) الأسرار : ١٣٥/٢/ب (مراد ملا) ، مختصر القدوري : ٣٣٤/١ (مع الجوهرة) ، مختصر الطحاوي ص ١٢٨ ، إيثار الإنصاف ص ٣٣٤ .

صحتها إلاّ في عوض واجب .

وأما حقيقة المسألة : فهي أن المنافع جعلت بمنزلة الأعيان الموجودة حكماً بدليل جواز العقد عليها ، والعقد لايجوز إلاّ على موجود مملوك ، وإذا جعلت كذلك بعقد الإجارة فيملك مايقابلها من الأجرة .

والدليل على أنها جعلت بمنزلة الأعيان القائمة حكماً انه يصح تسميتها صداقاً ، والصداق لايصح إلاّ بمالٍ بدليل قوله تعالى (**أَنْ تَبْتَغُوا بِأَمْوَالِكُمْ**) .[1]

فإذا صلحت المنافع صداقاً ، دل أنها جعلت كالأموال الموجودة القائمة حكماً ، لأن المال المعدوم لايصح جعله صداقاً .

وأما حجتهم :

قالوا : الإجارة عقد معاوضة مطلقة فتقتضي تساوي العوضين في الملك كسائر المعاوضات ، وهذا لأن عقد المعاوضة ملك بملك وتسليم بتسليم فإذا أفاد الملك في أحد العوضين أفاد في الثاني وإذا لم يفد في أحدهما لم يفد في الآخر.

يدل عليه : ان العقد في كلا العوضين على وجه واحد وقد نُزّلا منزلة واحدة فقضيتُه عند الإطلاق : إما إفادة الملكفيهما ، أو منع الملك فيهما .

وإذا ثبت هذا الأصل فنقول :

" المنفعة غير مملوكة للمستأجر بنفس العقد فلا يملك عليه الأجرة وإنما قلنا انها غير مملوكة " ، لأنها معدومة والملك من صفات الموجود .

يبينه : ان المعدوم ليس بشئ فكيف يوصف بالملك ؟ ولأن الملك صفة

---

(١) سورة النساء آية (٢٤) .

ولابد للصفة من موصوف ، ودليل العدم ان معنى المنافع في المحل لايمكن العبارة عنها إلاّ بصلاحية المحل للإنتفاع به ونفس وجود المنافع بمباشرة الإنتفاع ولايتصور مباشرة الإنتفاع لمدة سنة في ساعة واحدة فلم يتصور وجود منافع سنة في ساعة واحدة أيضاً ، ولأن المنافع لو كانت موجودة قائمة في الدار وجب أن يجوز العقد عليها مطلقاً وحين لم يجز العقد إلاّ مؤقتاً دل إنه إنما لم يجز إلاّ مؤقتاً ليكون المنافع المعقودة عليها معلومة .

ويدل عليه : ان الثوب المغصوب لو استهلك أو الدار المغصوبة لو هدمت لايضمن منافعها إلاّ للمدة التي كانت في يده ولو كانت جميع منافعها التي تصلح لها موجودة في الدار وجب أن يضمن جميعها ، لأنها كانت موجودة في الدار فأتلفت .

قالوا : ولايجوز أن يقال : إن المعقود عليه عين الدار ، لأن المعقود عليه ما يستحق بالعقد ، وما يستحق بالعقد هي المنافع ، ولأنه لو فسد العقد يرجع إلى قيمة المنفعة لا إلى قيمة العين والواجب عند فساد العقد قيمة المعقود عليه .

قالوا : ولأن الشافعي نص على أن عقد الإجارة بيع للمنفعة .

قالوا : ولايجوز أن يقال : إن المنافع جعلت بمنزلة بيع دين من الذمة ، لأن بيع الدين غير بيع المنفعة ، كما انه غير بيع العين .

وقد قالوا : إن البياعات ثلاثة : بيع عين ، وبيع منفعة ، وبيع دين . وكل عقد من ذلك غير صاحبه ، ولأنه لو استأجر بأجرة مؤجلة في الذمة يجوز ولو كانت المنافع بمنزلة الدين لم يجز ، لأنه يكون بيع دين بدين ، وهذا لايجوز ، فثبت أن المعقود عليه المنافع ، وأنها

معدومة تؤخذ بمباشرة الإنتفاع فلا تكون مملوكة قبل الوجود ، وإذا لم يملك لايملك ما يقابلها .

قالوا : وأما جواز العقد عليها ، فليس يدل على أنها جعلت بمنزلة الموجودة بدليل الثمار والأولاد في الوصايا والنصف المشروط للعامل في المساقاة، والربح المسمى للعامل في القراض .

فإن قلتم : إن شرط عقد البيع أن يَردَ على مملوكٍ موجودٍ .

نقول : إنما شرط هذا ليجد العقد محل الإضافة فتقام العين مقام المنفعة في محلية الإضافة ، لأن العين سبب وجود المنفعة وإقامة السبب مقام المسبب أصل معمول به كمسألة الوصية ومسألة المساقاة التي بينّا .

وكذلك السفر مقام المشقة في جواز القصر ، والبلوغ عن عقلٍ يقام مقام اعتدال العقل في توجه التكليف ، والنكاح يقام مقام الوطء عندنا : بمجرده. وعندكم : مع الإمكان .

وكذلك استحداث الملك يقوم اشتغال الرحم في إيجاب الإستبراء .

قالوا : وهذا أولى مما قلتم من جعل المنافع المعدومة موجودة ، لأن ذلك قلب الحقيقة ، والذي قلنا نقل الزرع من محل إلى محل وهذا أسهل ونظائره أكثر فكان أولى ، ولأنا إذا جعلناها موجودة / ١٦٣/ب حكماً ، فلا يتصور بقائها بعد الوجود حتى ينعقد عليها فإن زمان وجود المنفعة لايسع للعقد ، لأنها حين وجدت تلاشت ، ولأنه إنما يقدر وجود الشئ حكماً إذا تصوّر وجوده حقيقة ، ولايتصور وجود جملة المنافع حقيقة فكيف يصورّ حكماً ؟ .

قالوا : وأما الإقامة التي قلناها فهي في حق الإضافة فحسب ، لأنه لابد من وجود محل الإضافة عند العقد فأما محل حكم العقد هو

المنافع على ما هو الأصل ويتأخر الحكم إلى حين وجودها وتأخير حكم العقد بعارض دليلٍ جائز ، بدليل مسألة البيع بشرط الخيار وبدليل البيع بثمن مؤجل ، فإنه يتأخر الملك في الصورة الأولى ، والطلب في الصورة الثانية .

فإن قلتم : إن محل العقد ماذا ؟ فنقول: محل العقد كلام المتعاقدين ، لأن العقد هو : الإيجاب والقبول ، وذلك كلامهما .

على أنا نقول : إن محل العقد فيما يرجع إلى الإضافة هو الدار وفيما يرجع إلى الحكم هو المنافع التي توجد من بعد ، وكذلك المعقود عليه .

قالوا : وأما الإنعقاد فهو حاصل في حق المتعاقدين ، وأما في حق المحل فلا ، وإنما العقد فيما يرجع إلى المحل بمنزلة العقد المضاف إلى زمان وجود المنفعة ، فإذا وجدت المنفعة فينعقد العقد حينئذ في حق المحل ويثبت الملك .

قالوا : وعندنا : يجوز عقد الإجارة مضافاً إلى زمان في المستقبل للضرورة الملجئة إلى تجويز ذلك ، وهذا لأن قضية العقد المطلق لما كان كذلك فبالتنصيص عليه لايبطله ، فهذا الذي قلناه نهاية ما يمكن لكلامهم من الشرح والإيضاح والإفهام .

قالوا : وليس كما لو شرط تعجيل الأجرة ، لأنا نقول : قد انعقد سبب ملك المنفعة والأجرة فيما بين المتعاقدين في الحال ، وإنما لاتملك المنفعة لا لعدم المسبب بل لعدم المنفعة في نفسها ، والأجرة تجب بدلاً عن المنفعة ، والعقد عقد معاوضةٍ ومساواة فإذا لم يملك أحد العوضين لايملك الآخر تحقيقاً للمساواة ، فمتى عجل الآخر أو شرط التعجيل فقد رضي بفوات المساواة ، وقد وجد السبب فملكت الأجرة ، لأن المنافع من ملكها

زالت ، وهذا كالبائع له جنس المبيع لإستيفاء الثمن ، لأن ملك المشترى تعيّن في المبيع فكان له جنس المبيع حتى يتعيّن ملك البائع في الثمن ، فمتى أجّل وسلم المبيع فقد رضى بفوات حقه فصح رضاه ويؤمر بتسليم المبيع كذلك هاهنا .

قالوا : وهذا بخلاف الإجارة المضافة إلى وقتٍ في المستقبل حيث لايملك بالتعجيل وشرط التعجيل ، لأن هناك لم ينعقد سبب الملك في المنفعة في حق المتعاقدين في الحال .

وأما هاهنا فقد انعقد السبب بين المتعاقدين في الحال ، وإنما تأخر في حق المحل .

قالوا : ولهذا جوّزنا الكفالة والرهن بالأجرة ، لوجود سبب ملك المنفعة والاجرة تجب بدلاً عنها وقدوجد سبب ملك الأجرة فصحت الكفالة بها ، وكذلك الرهن لسرعة نفوذهما ومعنى الرهن عندنا ليس إلا أن العين تكون مضمونة بالأجرة وقد صح الرهن دون هذا ، ألا ترى أنه إذا دفع إلى إنسان عيناً وقال : أقرضني عشرة دراهم وتكون هذه رهناً عندك فأخذها وهلكت العين قبل الإقراض فإنها تكون مضمونة عليه وإن لم يوجد السبب ، وهاهنا وجد السبب فلأن تكون مضمونة أولى ، وكذلك الإبراء جائز لوجود السبب .

وأما الشراء بالأجرة فعندنا : إنما يكون الشراء بمنزلة ما يسمى من الأجرة لا بالأجرة ، ثم إذا وجدت الأجرة يصير الواجب بالشراء قصاصاً .

قالوا : وأما فصل النكاح فنقول : إنما صح جعل المنافع صداقاً لأنا نقول : هي مال ، والمعتبر عندنا في الصداق تسمية المال ، فأما كونه مالاً في الحال فلا يعتبر فصحت التسمية وتصير مالاً عند الوجود .

قالوا : وأما إذا تزوّج امرأة على سكنى دار شهراً فإنما ملك الزوج البضع ولم تملك هي المنفعة في الحال ، لأن ملك البضع لايحتمل التأخير بحالٍ ، ونحن إنما ادّعينا التسوية تأخيراً فيما يحتمل التأخير ، فأما الذي لايحتمل تأخير ملكه فلا يتصور تأخيره بتأخير العوض الذي يقابله ، وأيضاً فانا ادّعينا ما ذكرنا في عوضين أصليّن في العقد .

وأما المهر فمحض تبع والبضع أصل فيجوز أن لايطلب التسوية بينهما .

وقد استدل كثير من مشايخهم في أن المنافع لاتصير مسلمة بتسليم الدار : بدليل أن الدار لو انهدمت في يد المستأجر يكون من ضمان الآجر ولو صارت مسلمة إليه لكانت من ضمان المستأجر ، فإذا لم تصر المنافع مسلمة لم يجب / تسليم الآجرة التي تقابلها . ١٦٤/أ

قالوا : وأما التصرف فإنما جاز بحكم الضرورة ، لأنه لايتصور أن ينتظر حتى توجد المنفعة ثم يعقد عليها ، فإذا صارت المنفعة بحيث إذا وجدت وحدثت في ملكه ويده صح تصرفه فيها .

قالوا : وأمّا إذا تزوّج امرأة على سكنى دار سنة فلا نقول ان تسليم نفسها يجب عليها بقبض الدار على قول بعض أصحابنا : بل ما لم يستوف جميع المنافع لايجب عليها التسليم . وان سلمنا انه يجب عليها تسليم نفسها فلأنها لما رضيت بما يتأخر وجوده إلى سنة جميعه فقد رضيت بوجوب تسليم النفس عليها وتأخر حقها ، فهذا مجموع كلامهم في المسألة .

الجواب :

أما الأول يقال لهم : بطريق المجادلة لِمَ قلتم يجب التسوية بين

العوضين ملكاً بملكٍ ؟ .

فإن قالوا : كالبيع ، يقال لهم : لِمَ قلتم إذا وجبت التسوية ملكاً بملكٍ عند تساوي البدلين وجوداً وجبت التسوية ملكاً عند إختلاف البدلين وجوداً وعدماً ، وإذا جاز في الشرع أن يكون أحد العوضين بوصف الوجود والآخر بوصف العدم فيجوز أيضاً أن يكون أحد العوضين بوصف الملك والآخر لابوصف الملك ، وهذا كلام في غاية الحسن جدلاً ، وقد دخل على معتمدهم من إثبات التسوية .

فأما الجواب الفقهي :

فنقول : المنفعة مملوكة ، لأنها جعلت بمنزلة الأعيان الموجودة حكماً بدليل جواز العقد ، وهذا كالنطفة في الرحم جعلت بمنزلة الشخص الحي شرعاً بدليل الإرث والوصية له .

والمرتد بعد دخوله دار الحرب جعل بمنزلة الميت على أصولهم حتى تقسم أمواله إرثاً وتعتق أمهاته أولاده ، ومدبّروه ، وهذا لأن المنافع لما كانت بعرضية الوجود جعلت بمنزلة الموجود بإعتبار العرضية كالنطفة والمرتد .

وأعلم أنا لانجعل المنافع كأنها بنفسها موجودة ، لأنها لاتقبل البقاء لكن نجعلها بمنزلة الأعيان الموجودة حكماً ، ونظير هذا من أصلهم منافع البضع جعلت بمنزلة الأجزاء حكماً على ما ذكروا في كتاب النكاح ، وعلى هذا سقط قولهم « انه إنما يقدر حكماً ما يتصوّر وجوده حقيقة » .

وعلى أن النطفة حال كونها نطفة جعلت بمنزلة شخص حي ولايتصور ، وكذلك المرتد في حال حياته ، وكذلك قالوا : بقدر الإعلاق من المغربي في حق المشرقية والمشرقي في حق المغربية والتصور مفقود ، وهذا لأن الحكميات لها من سعة المجال مالايعتبر فيها ما قالوه .

وأما قولهم : " **ان ما قلتم قلب الحقيقة** " .

قلنا : هو جائز حكماً بدليل يقوم عليه كالنظائر التي قدمناها .

وأما قولهم : " ان العقد إنما جاز بإقامة الدار التي هي سبب المنافع مقام المنافع » .

قلنا : إذا أقيم الدار مقام المنافع في محلية العقد فأقيموها مقامها في محليّة الحكم حتى تملك ، لأن محل العقد ومحل حكم العقد واحد لاتختلف بحالٍ .

وقولهم : " **إن محل العقد كلام المتعاقدين** " .

قلنا : هذا محال لما بينا ان محل العقد ما يظهر فيه حكم العقد وحكم العقد هو الملك ، وإنما يظهر في العين ، وهذا لأن العاقدين فاعلا العقد ، فأما المعقود عليه هو العين فإن العقد معنىً متعدٍ فيتعدى إلى العين ، إلا ترى انه إذا ظهر التعدي يقول " عقدتُ العقد على كذا من ثوب أو دارٍ "، وهاهنا إذا ظهر التعدي يقول "عقدتُ على المنفعة ".

وإذا ثبت أن المعقود عليه هو المنفعة فصارت محل العقد قطعاً فلابد من وجودها حسّاً أو تقدير وجودها حكماً ، ولا وجود حسّاً فتقدر الوجود حكماً ليتصوّر بهذا العقد محل يرد عليه .

وأما الذي قالوا : " وجد العقد في حق المتعاقدين لا في حق المحل " .

قلنا : لايتصوّر انفصال العقد في حق المتعاقدين عن وجود محل العقد بحيلةٍ ما ، وأيضاً إذا انفصل فلماذا قلتم انا نقيم الدار مقام المنافع ولأيّ شيءٍ يحتاج العقد إلى هذه الإقامة إذا كان الأمر على مازعمتم ؟ ، ولأن العقد لايراد لعينه وإنما يراد لحكمه ، فكيف ينفصل العقد المعقود لحكمه على محل يظهر فيه .

وأما قولهم " **إن تأخر الحكم جائز** » .

قلنا : لانسلم ، بل عندنا لايتصورّ تأخر الحكم عن عقد البياعات بحالٍ ، لأن العقد علة الحكم ، فإذا وجدت لايتصورّ تأخر الحكم عنها كسائر العلل لايتأخر معلولاتها عنها بحال ، فإن العلة في المحل ما يوجب تغيّر المحل كالعلة الحسيّة من المرض فإذا لم يوجد تغير لاتكون / علة . **١٦٤/ب**

ومسألة البيع بشرط الخيار على أصلهم ، وعندنا : هو موجب الملك من غير تأخير .

وأما مسألة تأجيل الثمن فليس يدخل على ما قلنا ، لأن الطلب ليس بموجب العقد ، إنما موجب العقد استحقاق الثمن ملكاً ولم يتأخر ، وأما الطلب فتأتي الملك ، وعلى أنه وان سُلّم لهم جواز تأخر الحكم فلا ينفعهم في هذه المسألة ، لأن الكلام في محل الحكم وهوالمعقود عليه ولايتصورّ تأخره على ما سبق .

وأما المسائل التي أوردوها من الوصية والقراض والمساقاة فيجوز أن يقال هناك أيضاً تجعل تلك الأشياء المعدومة بمنزلة الموجودة حكماً ، وعلى أن الوصية تقبل من الحظر والغرر مالايقبله غيره على ما عرف ولايقاس عليها المعاوضات .

وأما عقد المساقاة فإنما جوّزنا بالنص على ما عرف ، ولامجال للقياس فيه .

وأما أعذارهم عن المسائل الإلزامية فكلها ضعيفة ولايشتغل ببيان ضعفها لإستغنائنا عنها بما ذكرنا من التحقيق .

وَمَنْ اعتمد على الأحكام ففصل شرط التعجيل معتمد .

وكذلك مسألة نكاح المرأة على سكنى الدار في إبطال التسوية التي بنوا كلامهم عليها .

وحرف الإشكال عليهم في مسألة شرط التعجيل : ان اطلاق العقد في إثبات موجب العقد أبلغ من شرط التعجيل ، وحقيقة شرط التعجيل : إظهار قضية العقد .

وقولهم " انه رضى بفوات التسوية " .

قلنا : فقولوا بنفس عقده على منفعة معدومة بإيجابه أجرة موجودة رضى بفوات التسوية .

وأما عذرهم عن النكاح من قولهم " ان منافع البضع لاتقبل التأخير " .

قلنا : فاعطفوا على الجانب الثاني وامنعوا إثبات الصداق إلاّ بما لايتأخر الملك فيه حتى تثبت التسوية من هذا الوجه ان تعذر من ذلك الوجه .

وقولهم " **إن الصداق تبع** " .

قلنا : هذا مذهبنا ، فأما عندكم هو أصل والإلزام على مذهبكم .

وقولهم : " **إنه لايصير قابضاً للمنافع بقبض الدار** " .

قلنا : إذا ثبت أن المنافع جعلت بمنزلة الأعيان القائمة ثبت قبضها بقبض الدار .

وأما مسألة انهدام الدار فإنما كانت المنافع من ضمان البائع ، لأنها وإن جعلت موجودة حكماً لكنها معدومة حسّاً ، فظهر حكم العقد من حيث الحسّ في امر الضمان ، وهذا كما قالوا : فيمن اشترى عبداً حلال الدم وقتل في يد المشتري يكون من ضمان البائع وإن كان قد قبضه حقيقة ، ولكن لما كان مستحق الهلاك وهو بمنزلة الهالك حكماً ظهر أثر ذلك في

أمر الضمان خاصة لا في غيره ، وعلى أنا إنما جعلنا المنافع بمنزلة الأعيان الموجودة باعتبار عرضية وجودها ، وإذا انهدمت الدار التي عرضية الوجود ، لأنها لاتوجد بعد ، فبطل هذا التقدير الحكمي واعتبر أصل العدم ، وهذا كالنطفة جعلت كالشخص الحي باعتبار عرضية الحياة، فلو عرض سقوط النطفة من الرحم أو خرج الولد ميتاً يبطل الإرث والوصية واعتبر أصل العدم ، كذلك هاهنا .

وهذا جواب معتمد ، وعلى هذا القول يبطل العقد من أصله .

والله تعالى أعلم .

(مسألة)

إذا مات أحد المتكاريين لم يبطل العقد عندنا .[1]

وعندهم : يبطل .[2]

والمسألة مبنية على المعنى الذي ذكرنا في المسألة المتقدمة في المذهبين .

أما عندنا : فلأنا بينا ان المنافع جعلت بمنزلة الأعيان الموجودة حكماً فجرى فيها الإرث بمنزلة الأعيان .

ويقال : ما يقبل نقل الملك عقداً يقبل نقل الملك إرثاً .

دليله : العين .

وأما هم يقولون :

ان العقد غير منعقد في حق المنفعة وإنما ينعقد عند حدوث المنافع شيئاً فشيئاً وان مات المؤاجر فالعقد لم ينعقد في حق المنفعة التي تحدث في المستقبل ، وقد صارت العين مملوكة للوارث فتصير المنفعة أيضاً مملوكة له ولم يوجد العقد من الوارث فبطل عقد الإجارة ، وان مات المستأجر فالمنفعة لم تصر مملوكة ، لأن المنفعة إنما تصير مملوكة بناء على العقد ولم ينعقد العقد عليها فكيف تصير مملوكة ؟ وإذا لم تصر

---

(١) مختصر المزني : ٨١/٣ (مع الأم) ، الأم : ٢٥٥/٣ ، المهذب : ٥٣٣/١ ، النكت ورقه ١٦٦/أ ، الحاوي الكبير : ٤٠٠/٧ ، ٤٠٨ ، روضة الطالبين : ٢٤٥/٥. وهو قول مالك وأحمد ، واسحاق ، انظر : الإشراف للبغدادي : ٦٦/٢، المغني : ٤٣/٨ ، الحاوي الكبير : ٤٠٠/٧ .

(٢) الأسرار : ١٤٦/٢/ب (مراد ملا) ، مختصر الطحاوي ص ١٣١ ، مختصر القدور (مع الجوهرة) : ٣٥٣/١ .

مملوكـة له لاتتنقل إلى الورثة وقـد أجـبنا عن هذا وابطلنا الأصل الذي قالوه ، وإذا بطل الأصل بطـــل ما يتفرع عنه .

وقد أورد بعض مشايخهم مسألة على طريق الإلزام ، وهي : أن مَنْ أوصى بالجـارية لإنسـان برقـبة عـبده وأوصى لآخر بخدمتـه ثم رد الموصى له بالخدمـة الوصيـة تكون الخدمـة لصاحب الرقبة دون ورثة المُوصى ، ولو كانت المنفعـة تورث بانفـرادها لكانت لورثة المُوصى ، كمـا إذا أوصى بالجارية لإنسـان وحملها لآخر ثم رد الموصَى له بالحمـل الوصية فإن الحمل / يكون لورثة الموصـي، وهذه المسـألة قد منعـها بعض أصحابنا **١٦٥/أ** وعلى انه ليس فـيهـا دليل على أن المنفـعـة لاتورث بـانفـرادها وقـال أصحابنا : إن الموصى له بالخدمة لو مات انتقلت الخدمـة المستحقة إلى مورثه .

وأمـا هذه المسألة التي صوّرها فـالوصـية ايجاب الملك بعد الموت واضافتـها إلى زمان في المستقبل جائز ، فإذا رد الموصَى له الوصية ارتدت وصار العقد كالعدم، فتكون المنفعة لصاحب الرقبة تبعاً .

وأما عقد الإجارة فهو عقد معاوضة لايقبل الغرور ولا الخطر وفي اضـافتـه إلى الزمان في المستقبل غـرر وخطر فيجوز أن لاتبقى العين إلى أن يوجـد الوقت فـلابد من جـعل المنافع بمنزلة الأعـيان الموجـودة ليـصح العقد وإذا جعلت كذلك ثبت الإرث .

فأما في الحمل فهـو عين قائمة في الحال ، وقد صح الإيجاب فيـها من غير اعـتبار الإضافـة ، فـإذا رد الموصَى له الوصيـة ارتدت إلى المُوصى فتكون لورثته .

وعلى المنع يقع الخلاص الكافي ، والله تعالى أعلم .

(مسألة)

إجارة المشاع جائزة عندنا سواء كان من الشريك أو من الأجنبي .[1]

وعند أبي حنيفة : يجوز مع الشريك ولايجوز مع الأجنبي .[2]

لنا :

إن الإجارة بيع المنافع وبيع المنافع جائز بدليل بيع العين ، وهذا لأن المشاع له منفعة ، لأنه جزء من الجملة فإذا كانت الجملة ذات منفعة فيكون اجزؤها ذات منفعة ، ولانهم قالوا : لو أجر نصف دار من إنسان وسكنها المستأجر تجب عليها الأجرة ووجوب الأجرة كان لانعقاد العقد وإن كان على الفساد ، وانعقادالعقد في المحل دليل وجود المنفعة للمحل ، لأنه لايتصور أن لايكون المحل منفعة وينعقد عليه عقد بيع المنفعة .

وإذا ثبت أن للمشاع منفعة وتسليمه ممكن بتسليم الدار إليه صار كما انه يبيع منه نصف داره وتسلم جميع داره اليه فيكون قد جعل تسليم المبيع إليه ، فكذلك لو أجر منه نصف داره ويسلم جميع داره إليه فيكون قد جعل تسليم ما أجر منه إليه ، وهذا لأن تسليم كل شئ على حسب ما

---

(١) النكت ورقة ١٦٧/ب ، المهذب : ٥١٨/١ ، الحاوي الكبير : ٤٤٥/٧ وبه قال الصاحبان (محمد وأبو يوسف) انظر : مختصر الطحاوي ص ١٣١ ، مختصر القدوري : ٣٤٨/١ (مع الجوهرة) ، إيثار الإنصاف ص ٣٣٤ .

(٢) الأسرار : ٢/١٤٠/ب (مراد ملا) مختصر الطحاوي ص ١٣١ ، وقال الطحاوي : " وبه نأخذ " .
مختصر القدوري : ٣٤٨/١ (مع الجوهرة) ، إيثار الانصاف ص ٣٣٤ .

يليق به ويمكن فيه عادة .

وقد ذكرنا هذا من قبل فتسليم الدار المشاعة بتسليم جميع الدار إليه ثم القسمة تكون بالمهايأة على ما سنبين ، فتبين بما قلنا ان المشاع له منفعة وان التسليم فيه ممكن فأشبه المفرز من هذا الوجه ، فوجب أن يجوز عليه عقد الإجارة كالمفرز سواء .

ويدل عليه : انه لو أجر داره من رجلين يجوز ، وهو في الحقيقة عاقد عقد الإجارة مع كل واحد منهما في المشاع ومع ذلك جاز فكذلك عند إفراد أحدهما بالعقد وجب أن يجوز أيضاً .

وأما حجتهم :

قالوا : آجر منه ما لا يمكن تسليمه إليه فوجب أن لايجوز ، كما لو آجر عبداً آبقاً أو داراً مغصوبة ، وإنما قلنا ذلك لأن تسليم المنافع بإستيفائها بدليل انه لو سلم إليه الدار فانهدمت قبل استيفائه منافعها كانت المنافع من ضمان الآجر حتى تسقط الأجرة من المستأجر ، ولو حصل تسليم المنافع بتسليمه الدار لكانت من ضمان المستأجر .

وإذا ثبت ان تسليم المنافع تكون باستيفائها فالمنافع من المشاع غير متصور ، لأن سكنى نصف الدار مشاعاً وليس نصف الثوب مشاعاً أو ركوب نصف الدابة مشاعاً غير معقول .

قالوا : وأمّا في البيع فيوجد تسليم المشاع بالتخلية بينه وبين الدار فثبت القبض في النصف المبيع حكماً من غير أن يتعدى إلى النصف الثاني ، ولهذا لو استحقت الدار بعد أن خلّى بينه وبينها فقد انهدم البيان لايكون للمستحق تضمين المشتري ما انهدم في النصف الذي لم يتناوله البيع فقد تحقق مما قلنا ان القبض حكماً ثبت في المشاع فجاز

بيعه لهذا .

وأما المنافع فلا يوجد قبضها إلاّ باستيفاء المنافع محسوساً بدليل ما بينا وهو غير متصور في المشاع .

قالوا : ولايجوز أن يقال : ان استيفا منافع المشاع يمكن بالمهايأة لأن المهايأة قسمة المنافع ، وقسمة المنافع لايكون إلاّ بعد **/١٦٥/ب** ملكها وملكها بالعقد وشرط العقد قد انعدم وهو القدرة على التسليم في المعقود عليه .

وحرفهم : ان القدرة على تسليم المعقود عليه شرط يعتبر اقترانه بالعقد ليصح العقد فيما يوجد من القدرة لمعنى بعد العقد بدرجة أو درجتين لايعمل في تصحيح العقد ولاينوب عن هذا الشرط .

قالوا : وليس كما لو آجر من رجلين ابتداءً ، لأن ابتداء العقد تناول جميع الدار فإن عندنا العقد من رجلين والعقد من رجل في محل العقد بمنزلة واحدة ، وإذا تناول العقد جميع الدار وتسليمها ممكن وتسليم منافعها ، وإنما الإشاعة بعد انقسام الملك في المنفعة وانقسام الملك معنىً يثبت بعد العقد حكماً له ولاينقسم إلاّ والمهايأة مستحقة فيرتفع العجز باعتبار المهايأة فيكون الرافع للعجز مقترناً بالموجب للعجز بخلاف مسألتنا على ما سبق .

قالوا : ولايلزم إذا آجر من شريكه ، لأن العجز عن التسليم كان لوجود الإشاعة ، وقد ارتفعت الإشاعة بالإجارة من الشريك ، لأن جميع المنفعة قد صارت للمستأجر وإذا انعدمت الإشاعة انعدم العجز فجاز العقد .

الجواب :

إن التسليم ممكن بأحد الوجهين : بتسليم الدار وقد بينا ان تسليم الدار يتضمن تسليم المنافع ، واعتذرنا عن مسألة الإنعدام ، وهو كالبيع فإن تسليم المشاع بتسليم الدار .

وقولهم : " **ان قبض المنافع باستيفائها** " .

قلنا : بل يكون بقبض الدار .

يبينه : انه لو سلم المفتاح اليه ومضت المدة ولم يسكن الدار تتقرر عليه الأجرة ولم يوجد الإستيفاء الذي قالوه .

فإن قالوا : جعل بمنزلة المستوفى بالتمكن " .

قلنا : فاجعلوه بمنزلة المستوفى بقبض الدار إذ كل واحد منهما إثبات قبض من حيث الحكم لا من حيث الحسّ .

وأما مسألة التخلية فهي على أصولهم ، ونحن لانثبت القبض بالتخلية وان أثبتنا لانفرق بين قبض الغصب وبين قبض العقد .

والوجه الثاني : هو أنا وان سلمنا ان قبض المنافع بإستيفائها فالإستيفاء ممكن بسكنى جميع الدار وليس جميع الثوب ، وإذا فعل هذا فلابد أن يصير قابضاً لمنفعة المشاع .

فإن قالوا : لايمكنه قبض منافع المشاع على انفراده " .

قلنا : يمكن بالمهايأة ، والذي قالوا على المهايأة فوجه فساده أنا قلنا : إن قبض المنفعة في المشاع ممكن بسكنى جميع الدار فقد اقترن بالعقد شرط صحته .

وأما قولهم " انه لايمكن استيفاؤه على انفراده " .

قلنا : يمكن أيضاً تقديراً بوجه صحيح في الشرع ، وذلك

بالمهايأة وهذا لأنهما وإن تهايأآ على الزمان فكل واحد من الشريكين يسكن جميع الدار في اليوم بشرط أن يمكن صاحبه من سكنى جميع الدار في اليوم الثاني وصاحبه كذلك فصار كل واحد منهما ساكناً نصف جميع الدار فنصفها هو عين ما استحقه بالعقد ونصفها هو بدل عما استوفاه صاحبه من حقه فيصير في التقدير من حيث الحكم كأن كل واحد منهما استوفى منفعة نصف الدار على الدوام من غير انقطاع ، وهو نظير ما لو آجر من رجلين فإنهما إذا تهاياآ على الزمان وسكن هذا الدار يوماً وسكن صاحبه الدار يوماً صار في التقدير كأن كل واحد منهما سكن نصف الدار على الدوام ، كذلك هاهنا .

فثبت انه يمكن استيفاء نصف المشاع على حياله حكماً وإن تعذر حسّاً ، والمعتبر بالوجود حسّاً كان أو حكماً .

فإن قالوا : هذا التقدير ممكن في المستأجرين ، لأنه يجوز أن يستوفى كل واحد منهما المنفعة لنفسه بحقه ، ويستوفى المنفعة بإذن صاحبه في نصيبه فيصير كأنه هو المستوفىفيقدر على الوجه الذي قلتم ، فأما في مسألتنا فلايمكن هذا التقدير، لأن احدهما مالك ، والمالك لايجوز أن يستوفى منفعة الدار بإذن غيره، لأنه على أيّ وجهٍ استوفى يكون بحق الملك وإن أعار المستأجر الدار لايجوز من المالك وكذلك إجارته منه ، وإذا لم يجز أن يستوفى المنفعة بنفسه لحقه بإذن صاحبه لايصير استيفاؤه بمنزلة استيفائه فلم يمكن إثبات التقدير الذي قلتم .

قلنا : لافرق بينهما كما يجوز لكل واحد من المستأجرين أن يستوفى المنفعة لنفسه بحقه وبإذن صاحبه ، كذلك للمالك أيضاً يجوز على هذا الوجه ، وهذا لأن المستأجر ملك المنفعة فكما يجوز أن يُعير من

الأجنبي وتؤاجر فـإنه يجوز أيضاً من الآجر كالمشـتري بقـبض المبـيع ثم يُعيره ، من البائع أو يبيعه منه ولافرق بوجهٍ ما ، والله أعلم بالصواب .

□□□□

(مسألة)

الأجير المشترك إذا اتلف الشئ بعمله لم يجب عليه الضمان .[1]

/ ١٦٦/أ

وهو قول زفر من أصحابهم .[2]

وعندهم : يجب عليه الضمان .[3]

وصورة المسألة : القصار إذا خرق الثوب بدقه والصباغ إذا أفسد الثوب بصبغه .

لنا :

إن الفساد حصل بعملٍ مأذون فيه من قبل المالك فلا يجب عليه الضمان .

دليله : إذا كان أجيراً منفرداً .

وإنما قلنا " انه مأذون فيه من قبل المالك " لأن صورة المسألة إذا دقّ دق

---

(١) الأم : ٢٦٢/٣ ، ٢٦٣ ، المهذب : ٥٣٤/١ ، النكت ورقه : ١٦٩/ب ، روضة الطالبين : ٢٢٨/٥ .

(٢) الأسرار : ١٤١/٢/ب (مراد ملا) ، إيثار الانصاف ص ٣٣٥ ، وهو قول أبي حنيفة أولاً وبه أخذ الطحاوي في المختصر ص ١٢٩ ، مختصر القدوري : ٣٤١/١ (مع الجوهرة) .

(٣) الأسرار : ١٤١/٢/ب (مراد ملا) ، المختصر للطحاوي ص ١٢٩ ، مختصر القدوري : ٣٤١/١ (مع الجوهرة) .

وهو القول الثاني عند الشافعية ، انظر : النكت ورقه ١٦٩/ب ، المهذب ٥٣٤/١ .

مثله وحصل منه الخرق ، ولا خلاف ان دق مثله مأذون فيه حتى يطلق له ذلك من غير حرج ونقول لو زاد على دق المثل وتخرق منه الثوب يجب عليه الضمان ، فتبين قطعاً ان الفساد حصل من عمل مأذون فيه .

فإن قالوا : لما تخرق الثوب تبين انه قد تجاوز الدّق المأذون فيه إلى ما لم يؤذن فيه .

قلنا : ليس دق المثل مما لا يوجد منه الخرق بحال ، بلى ، لايحصل منه الخرق في غالب الأحوال ولكن قد يتأدى إلى الخرق في بعض الأحوال .

وقد قال الأصحاب : انه دق على وجه يشهد أصل الصنعة انه مازاد على دق المثل أو يوافقه رب الثوب انه مازاد على المأذون فيه .

والدليل من حيث الحكم على أن هذا العمل مأذون فيه : ان مالك الثوب لو رضي به لزمه المسمى من الأجرة ، ولايتصوّر وجوبه المسمى إلاّ بعملٍ تناوله العقد ، وإذا تناوله العقد يكون مأذوناً منه بلا خلاف .

والحرف لنا : ان المعقود عليه عمل واحد وهو دقّ المثل الذي قلنا ، وكلما يدخل تحت هذا الاسم يكون مأذوناً فيه ونظيره : البزغ والفصد فإن المعقود عليه لما كان عملاً واحداً فكل ما يتناوله هذا الاسم يكون مأذوناً فيه فسواء حصل منه فساد أو لم يحصل لم يجب عليه به الضمان .

وكذلك الأجير المنفرد .

يدل عليه : انه إذا كان مأذوناً فيه من قبل المالك ذهبت صفة التعدي منه على الإطلاق ويصير من وجه كأن المالك هو المتلف فلم يمكن إيجاب الضمان به .

وأما حجتهم :

قالوا : حصل فساد الثوب بعمل غير مأذون فيه فيجب عليه

الضمان .

دليله : إذا جاوز دق المثل ، وإنما قلنا ذلك ، لأنه أذن له في الدّق المزيّن المصلح لا في الدّق المخرق المفسد ، وهذا لأن الأجير بائع عمله ، واطلاق البيع يقتضي سلامة المعقود عليه بدليل سائر البياعات ، والعمل المعيب لايكون سليماً ، فلم يدخل تحت العقد ، وهذا لحقيقةٍ وهو أن العمل نوعان : عمل معيب ، وعمل سليم ، والذي لايحصل منه الخرق هو عمل سليم ، والذي حصل منه الخرق هو عمل معيب ، والعقد يقتضي السلامة على ما ذكرنا ، فصار الداخل تحت العقدهو العمل السليم لا العمل المعيب فصار المعيب غير مأذون فيه فوجب به الضمان ، كما لو غيّر نوعاً من الدق وجاء بنوع آخر وحصل به الخرق .

قالوا : وليس لو اشترى ثوباً أو عبداً معيباً حيث يدخل تحت العقد معيباً كان أو غير معيب ، لأن المعقود عليه هناك هو عين مشار إليها ، وهي شئ واحد معيباً أو غير معيب .

وأما هاهنا المعقود عليه عمل التزمه في الذمة وهو نوعان على ما بينا .

ولهذا لو احضر عبدين فيدخل السليم دون المعيب وصار هذا كالثمن فإنه لو باع عبداً بألف درهم ، والألف نوعان : جيد ، ورديئ ، دخل الجيد في العقد دون الرديئ ، كذلك هاهنا .

وكذلك في السلم فصار العمل في مسألتنا جارياً مجرى الديون لامجرى الأعيان.

قالوا : ولايجوز أن يقال ان المعيب في الديون يدخل تحت العقد أيضاً ، بدليل انه لو يجوّز به يجوز حتى لو قبض الزيوف مكان الجياد في الثمن أو الرديئ مكان الجيد في السلم ورضي به يجوز ذلك ، لأنا

نقول المعيب غير السليم مادام حقه في السلامة قائماً فكان أحدهما موصوفاً بصفة السلامة والأخير غير موصوف بصفة السلامة فأقل ما في الباب أن يكون بمنزلة المطلق والمقيد فيكونا شيئين ، فأما إذا رضي بالعيب فقد اسقط حقه من الجودة فسقط وبقى حقه في أصل الحنطة في السلم ، والرديئ والجيد حنطة ، وكذلك في الثمن بقى حقه في أصل الدراهم والجياد والزيوف دراهم ، فكان الجميع داخلاً تحت العقد .

قالوا : ولهذا نقول في مسألتنا ان المالك لو رضي بهذا العمل يلزمه المسمى ، لأنه بالرضا اسقط حقه في السلامة فصار حقه في مطلق الدّق فصار المعقود عليه واحداً عند الرضا فيكون داخلاً في العقد كيف ما كان .

قالوا : ولهذا نقول لو قبض رأس المال في السلم وهو زيوف وتفرقا ، لايبطل العقد في الحال ، لأن المقبوض وإن كان غير حقه في الحال ولكن يحتمل أن / يصير المقبوض له حقاً له بأن يرضى **١٦٦/ب** المسلم إليه بالزيوف إذا علم ، فلا جرم نقول : ان القبض موقوف فإن رضى به صار المقبوض حقاً له وصح العقد وإن لم يرض به ورده بطل العقد ، لأنه بطل القبض من الأصل ، وتبين انهما تفرقا من غير قبض رأس المال فبطل السلم فهذا الذي قلناه معتمدهم ونهاية كلامهم .

قالوا : ولايلزم الأجير المنفرد ، لأن المعقود عليه ليس هو العمل وإنما هو بائع منافعه في ذلك الزمان المعين ، بدليل انه لايقدر على تمليكها من غيره، حتى لو آجر نفسه فيعمل في تلك المدة من آخر لم يجز ، ولايجوز أيضاً إلاّ أن يعمل بنفسه ، ولو سلم نفسه استحق الأجرة من غير عمل بخلاف الأجير المشترك في هذه المسائل ، وإذا كان المعقود عليه

المنفعة والمنفعة شئ واحد غير مختلف فصار بمنزلة العين المشار إليها فيكون داخلاً تحت العقد كيف ما كان ، وهذا لأن العقد وإن اقتضى السلامة عن العيب ولكن العين لاتختلف بإختلاف الوصف فإنها بالإشارة تعرف فسواء كان سليماً أو معيباً كان داخلاً تحت العقد .

وأما الدين في الذمة يعرف بالوصف وهو يتنوّع إلى سليم ومعيب فيصير السليم داخلاً تحت العقد دون المعيب بالمعنى الذي قدمناه .

وأما الأجير لما كان المعقود عليه المنفعة وهي بمنزلة الأعيان والعمل لإظهار المنفعة فسواء كان سليماً أو معيباً كان داخلاً تحت العقد .

قال أبو زيد في الأمالي :

الأجير الواحد بائع منافعه ، ألا ترى أنه إذا سلّم نفسه من غير عمل استحق الأجرة ، والخرق لايتولد من المنفعة فلم يكن عينا فيها ، وإنما جاء الخرق من قبل العمل ، والعمل منه حصل بإستعمال صاحب الثوب إياه من غير أن يكون في مقابلته بدل فلم يتقيد بالتسليم ، لأنا قيّدناه بالسلامة بقضية عقد المعاوضة ، فإذا لم يكن في مقابلته بدل فلا معاوضة في العمل حتى يقتضي السلامة . والأذن من المالك موجود من غير تقييد فأشبه المعين في حق القصار فلا جرم نقول : وان حصل الحرق بدقه لايجب الضمان وكان المعنى في المعين انه واهب عمله وعقد الهبة لايقتضي السلامة عن العيب فدخل العمل مطلقاً في الأذن غير مقيد بصفة السلامة .

قالوا : ولايلزم البزاغ [1] والفصّاد والختّان إذا حصل بعملهم تلف

---

(١) البزّاغ : يقال : بزغ : البيطار والحاجم (بزاغاً) من باب قتل شرط وأسأل الدم . انظر المصباح مادة (بزغ) .

حيث لايجب الضمان ، لأنا لم ندخل المعيب من العمل في العقد ، لأن العمل يتنوّع نوعين إلى مصلح ومفسد وعقد المعاوضة يقتضي السلامة على ما سبق .

وأما في تلك المسائل فنفس العمل إفساد محض ، لأنه جرح وإنما السلامة والصلاح في البرؤ والشفا وليس ذلك من صنع العامل ، وإنما هو بقوة طبع المجروح ، وإذا كان في نفسه إفساداً لم يمكن تقييده بالسلامة بخلاف مسألتنا فإنه متنوع على ما سبق .

وقالوا أيضاً : إن الإحتراز عن السراية ليس في وسعه وما ليس في وسعة الإنسان لايكلفه الله ذلك فيسقط اعتبار السراية بهذا الوجه وأما في مسألتنا ففي وسع القصار أن يأتي بدقٍ مصلح ، ولكن ربما يلحقه حرج وذلك باختيار الآلة المصلحة ومعرفة أجزاء الثوب ظاهرها وباطنها ثم معرفة ضعيفه وقويه وإرسال المدقة على رفقٍ بقدر ما يحتمله الثوب ويحصل المقصود به .

قالوا : وبهذا الحرج لايسقط الضمان عنه ، لأنه التزم العمل باختياره ، وما يلتزم العبد باختياره لزمه وإن كان فيه حرج ، لأن دفع الحرج نظر وهو يستحقه فيما يُلزمه الله ابتداءً ، فأما ما يلتزمه العبد باختياره لايستحق النظر لأنه كان يمكنه أن لايلتزمه .

قالوا : ولهذا نقول : إن السراية تكون مضمونة على مستوفى القصاص في الطرف ، لأنه كان يمكنه أن لايستوفى ويعفو وهو الأولى فلم يسقط عنه ضمان السراية وإن لم يمكنه الإحتراز عنه .

وربما يقولون : الموت في هذه المسائل لايقع بالجرح بل يضعف طبع المجروح والبرؤ يحصل بقوة طبع المجروح .

وأما في مسألتنا فقد حصل الحرق بدقه لامحالة ، والأول أحسن .

وزعم بعضهم : أن المعقود عليه صفة القصارة أو صفة الصباغة لأنها هي المطلوبة بالعقد والعوض بدل في مقابلة المطلوب ، والمقصود ، ولكن العمل لإظهار هذه الصفة ، والمظهر بصفة القصارة المطلوبة عمل يسلم معه الثوب أو عمل مصلح لا عمل مفسد محرق وهذا قريب من الطريقة الأولى .

واستدل مشايخهم بالطريق المعروف : وهو أن العمل مضمون فما يتولد عنه يكون مضموناً .

وخرجوا قولهم " مضمون : انه مضمون بالأجرة ، وهذا لأن ما يقابل المضمون مضمون " .

وخرجوا / مسألة البزاغ بحصول التسليم فيه حكماً إلى صاحب **١٦٧/أ** الدابة ، وخروج العامل من الوسط على ما ذكرا [١] في مسألة السراية فلا نعيد .

الجواب :

أما قولهم " انه حصل فساد الثوب بعملٍ غير مأذون فيه " .

قلنا : قد بينا انه مأذون فيه .

أما قولهم " انه بائع للعمل " .

قلنا : ليس كذلك ، بل هو بائع للمنفعة في الإجارة ، فإن الإجارة بيع المنافع والأجرة عوض المنفعة .

يبينه : انه إنما يجوز عقده على ما هو حقه معتاضاً عنه وحقه المنافع

---

(١) كذا في المخطوط ، ولعله " ذكروا " لأن المعنى لايستقيم .

فيعتاض عنها بالأجرة كما يعتاض عن العين بالثمن .

وأما العمل وجب تسميته لإعلام المنفعة .

ويمكن أن يقال ان ذكر العمل لتقدير المنفعة المعقودة عليها لاغير ، وهذا لأن المعقود عليه في الشرع ثلاثة : أعيان ، وديون ، ومنافع ، ولايعرف في المعاملات غيرها ، ولافرق عندنا بين الأجير المشترك وبين الأجير الواحد في المعقود عليه .

وقولهم " انه بتسليم النفس في الأجير الواحد يستحق الأجرة بخلاف الأجير المشترك " .

قلنا : إنما جاء هذا الإفتراق لا من حيث اختلاف المعقود عليه لكن إنما اختلفا لأنا في الأجير الواحد نقيم التمكن من الإستيفاء مقام حقيقة الإستيفاء ، لأنا لو لم نجعل كذلك أدى إلى ضرر عظيم بالأجير ، فإن المنفعة لما كانت مقدرة بزمان معلوم وبمضي الزمان تتعطل المنفعة عليه وينتهي العقد بانتهائه فلو لم نقدر عليه الأجرة بتمكنه من إستيفاء المنافع في الزمان المعين أدّى إلى أن تتعطل المنافع على الأجير من غير أن يحصل على شئ لا من قبل هذا المستأجر ولا من قبل غيره ، فإنه لايجوز أن يؤاجر نفسه في هذا الزمان من إنسان آخر وهذا ضرر عظيم ، ومثل هذا لايوجد في الأجير المشترك ، لأن المنفعة إنما اعملت بالعمل والعمل ممكن في أيّ زمان كان وله أيضاً أن يعمل لغيره فلا يؤدي إلى تعطيل منفعة عليه .

وباقي المسائل التي يفرقون بها بين الأجير المشترك والأجير الواحد غير مسلمة ، وإنما المسلم هذه المسألة خاصة والفرق ما ذكرنا ، وعلى هذا يبطل قول مَنْ قال من أصحابهم : ان المعقود عليه صفة الخياطة ، وذلك

لأن الإجارة بيع ، ومن شرط البيع وجود مبيع ، ولايمكن تقدير الوجود إلاّ في المنافع فقدرنا وجودها على ما ذكرنا في مسألة الأجرة ، وجوّزنا بيعها .

فأما بيع صفة القصارة أو صفة الخياطة ، فمحال من الكلام ، وهذا لأن منافعه مملوكة له وإذا حدثت حدثت على ملكه فيجوز أن يعقد عليها البيع ، فأما صفة الخياطة فغير مملوكة له وإذا حصلت لاتكون له بحالٍ فكيف يتصور أن يعقد عليها للغير أو يعتاض عنها ؟ ، وهذا جواب معتمد .

أما جواب آخر :

وهو أنا وإن سلمنا أن العقد ورد على العمل لكن العمل واحد وهو دق المثل والدّق المعتاد في مثل هذا الثوب .

أما قولهم : " انه يتناول السليم دون المعيب " .

قلنا : يتناول كل ما دخل تحت هذا الاسم سواء سلم منه الثوب أو لم يسلم . وأما قولهم : " إن عقد المعاوضة يتناول السليم " .

قلنا : ليس كذلك ، فإنه لو كان المعيب لايدخل تحت العقد لكان المبيع العين إذا وجد معيباً لايجوز العقد ، وفي الدين إذا تجوزّ بالرديئ أو الزيوف لايجوز .

وقد قال أبو حنيفة رحمة الله عليه : انه لو هلكت الزيوف ولم يكن عَلِمَ القابض انها زيوفٍ ثم علم كان القبض واقعاً موقعه ولم يرجع بشئ مما له في رأس مال السلم وغيره .

وقولهم " ان العقد يتناول السليم مادام حقه قائماً في وصف السلامة فأما إذا أسقط فلا " .

قلنا : إذا كان العقد ابتداءً يتناول السليم دون المعيب فلا يتصور

بالرضا من بعد أن يدخل في العقد ما لم يكن دخل في الإبتداء وكيف يتبدل محل العقد بمعنىً داخل على العقد ، إنما الصحيح أن العقد يتناول السليم والمعيب إلاّ انه يصير كأنه شرط السلامة بحكم العادة ، وعمل الشرط في ثبوت الرد عند وجوده على خلاف المشروط لا في صرْف العقد عن تناوله إياه مثل ما لو شرط في العبد الذي يشتريه انه خبّاز أو كاتب فإنه سواء وجده على ما شرطه أو لم يجده على ذلك يكون داخلاً تحت العقد إلاّ إنه إذا لم يجد على الوصف المشروط فعمله في جواز الرد ، ولأنه إذا هلكت الزيوف عنده أين الرضا في هذه الصورة ؟ وقد قال أبو حنيفة رحمه الله : ان القبض يقع موقعه ولم يرجع بشئ .

فإن قالوا : نحن نعلم قطعاً ان المعيب غير السليم والمعقود عليه واحد فإذا دخل السليم في العقد فلا يتصور أن يدخل المعيب وهو شئ آخر .

/ قلنا : المعقود عليه واحدٍ ، فإن كان سليماً فهو المعقود ١٦٧/ب عليه وإن كان معيباً فهو المعقود عليه ويكون المعيب مكان السليم .

والعلة في ذلك : أن العقد يتناول عملاً مطلقاً مشتملاً على السليم والمعيب على ما سبق ، فأيّهما وجُدِ فَهو الذي يتناوله العقد مثل الزيوف والجياد في رأس مال السلم ، فعلى هذا يكون المعقود عليه واحداً ، وهو عمل مطلق يوجد مرة على هذا الوصف ، ومرة على ذلك الوصف وهو في نفسه واحد غير متعدد .

يبينه : ان عمل قضية السلامة لما كان هو الرد فحسب ، والعمل في مسألتنا قد اتصل بالثوب وصار مقبوضاً من هذه الجهة لايمكنه رده فسقط حكم قضية السلامة ولزمه المقبوض كما قال صاحبهم فيما لو قبض الزيوف وهلكت ثم علم أنها زيوف لزمه المقبوض وسقط حكم

الرد ، وهذا غاية الإلزام .

فإن قالوا : عندنا لايصير العمل مقبوضاً لصاحب الثوب حتى ان للقصار أن يحبس الثوب لإستيفاء الأجرة .

قلنا : لايجوز هذا ، لأن إيصال العمل بالثوب فوق إيصال الطعام بالغرائر [1]، وعندهم لو كان المسلم إليه الطعام في غرائر رب السلم وقد سلمها إليه ليكيل فيها يصير قابضاً فهاهنا أولى ، وبهذا يبطل عذرهم عن الأجير في مسألةٍ البزاغ انه صار مسلماً إليه للعمل فإن هناك قد صار أيضاً مسلماً إليه للعمل بالوجه الذي بينّا وقدمنا ، ولأن الإنسان إذا جرح غيره ففعله لايكون في يده ، لأنه متصل ببدن المجروح ومع ذلك يكون في ضمانه ، فليس ما قالوه بشئ .

والإلزام الذي ذكره الأصحاب في مسألة البزاغ في نهاية اللزوم لأنها مثل مسألتنا سواء ، ويوجد فيها النوع الذي اعتمدوا عليه .

وقولهم " انه في نفسه إفساد " .

قلنا : لا ، بل إصلاح ، ولهذا اطلق الشرع فعله وإنما يكون فساداً إذا تأدى إلى هلاك الدابة .

وقولهم " **إنه لايمكنه الإحتراز عن الهلاك** " .

قلنا : كذلك في مسألتنا ، لأنا بينا ان المسألة مصورة فيما إذا دقّ الدق المعتاد ولم يزد على دق المثل أصلاً وعند هذا الفعل لايمكنه الإحتراز عن الحرق اللهم إلاّ أن يقصّر في دق المثل ولايجوز له أن يقصّر ، لأنه يجبر على دق المثل وينتقص هذا القدر أيضاً بمسألة القصاص في

---

(١) الغرائر : جمع غِرارة بالكسر شبه العِدْل . انظر المصباح المنير مادة (الغرة) .

الطرف فإن الإحتراز عن السراية فيه غير ممكن ومع ذلك كان مضموناً .

وقولهم : " انه يمكنه أن يعفو ولايقبض " .

قد أجبنا عن هذا في تلك المسألة ، وعلى أن سلمنا إنما يشبه مسألة القطع في السرقة ، لأن القطع هناك مستحق ، وهاهنا العمل مستحق فإذا لم تكن السراية في تلك الصورة مضمونة فكذلك في مسألتنا .

وأما طريقة مشايخهم وقولهم " ان العمل مضمون " .

فطريقة في نهاية الضعف ، لأن الدق المخرق غير مضمون بالأجرة عندهم وهو الموجود ، فكيف يتصور قولهم " عمل مضمون " في هذه الصورة ؟ وعلى أن الضمان الواجب ضمان عقد ، وضمان العقد ضمان إلتزام وشرط ، فكيف يكون سبباً لضمان التعدي ؟ وينتقض بالبزاغ والحجام .

والله أعلم بالصواب ، وهو الموفق والمعين .

إذا أحيا المسلم مواتاً بغير إذن الإمام ملكه عندنا ، وإن أحياها ذمي لم يملكها وإن أذن له الإمام . (١)

وعند أبي حنيفة : يملكان بإذن الإمام ولايملكان بغير إذنه . (٢)

وعند أبي يوسف ومحمد : يملكان جميعاً وإن لم يأذن الإمام . (٣)

لنـــا :

حديث سعيد بن زيد أن النبي ﷺ قـــال : (مَنْ أحيا أرضاً ميتة فهي له) (٤) .

وظاهره انه نُصِبَ شرع لعموم الناس في عموم الأوقات .

---

(١) المهذب : ٥٥٣/١ ، ٥٥٤ ، النكت ورقه ١٧٩/أ ، ب ، الحاوي الكبير : ٤٧٦/٧ ، ٤٧٨ ، انظر روضة الطالبين : ٢٧٨/٥ ، وبه قال المالكية والحنابلة ، انظر : الاشراف للبغدادي : ٧٧/٢ ، المنتقى للباجي : ٢٦/٦ المغني : ١٤٨/٨ .

(٢) مختصر الطحاوي ص ١٣٤ وهو إختيار الطحاوي ، مختصر القدوري : ٤٦٨/١ ،(مع الجوهرة) .

(٣) مختصر الطحاوي ص ١٣٤ ، ١٣٥ ، مختصر القدوري : ٤٦٨/١ (مع الجوهرة) .

(٤) رواه البخاري في صحيحه تعليقاً : ١٨/٥ مع الفتح ، باب من أحيا أرضاً مواتاً .

والترمذي في سننه : ١٤٦/٦ (مع العارضة ، باب ما ذكر في إحياء الموات) ، والإمام مالك في الموطأ : ٢٦/٦ مع المنتقى ، باب القضاء =

مثل قوله عليه الصلاة والسلام (مَنْ قتل قتيلاً فله سلبه) [(١)] ومَنْ بَدّل دينه فاقتلوه) [(٢)] ، ومَنْ باع عبداً وله مال فماله للبائع إلاّ أن يشترط المبتاع) . [(٣)]

ومن جهة المعنى : انه مباح في عرضة التمول فلم يفتقر تموله إلى إذن الإمام .

دليله : الصيود .

(=) في عمارة الموات ، والإمام أحمد في مسنده : ٣٢٧/٥ .
والدارمي في سننه : ٢٦٧/٢ ، باب من أحيا أرضاً ميتة فهي له من كتاب البيوع .

(١) رواه البخاري في صحيحه : ٢٤٧/٦ مع الفتح ، باب مَنْ لم يخمس الأسلاب من كتاب الخمس ، ومسلم في صحيحه : ٥٧/١٢ ـ ٥٩ مع النووي ، باب استحقاق القاتل سلب القتيل ، وأبو داود في سننه : ١٦١/٣ مع المعالم ، باب السلب يعطى للقاتل ، والترمذي في سننه : ٥٧/٧ مع العارضة ، باب ما جاء فيمن قتل قتيلاً ،
والإمام أحمد في المسند : ١١٤/٣ ، ١٢٣ ، ١٩٠ ، ٢٧٩ ، ٣٠٦ ، ١٢/٥ ، ٢٩٥ .

(٢) رواه البخاري في صحيحه : ١٤٩/٦ مع الفتح ، باب لايعذب بعذاب الله من كتاب الجهاد . وأبو داود في سننه : ٥٢٠/٤ مع المعالم ، باب الحكم فيمن ارتد من كتاب الحدود ، والترمذي في سننه : ٢٤٣/٦ مع العارضة باب ما جاء في المرتد ، والنسائي في سننه : ٩٦/٧ ، باب الحكم في المرتد . والإمام أحمد في المسند : ٢٨٠/١ ، ٢٨٣ ، ٣٢٣ ، ٢٣١/٥ .

(٣) رواه البخاري في صحيحه : ٤٩/٥ مع الفتح ، باب الرجل يكون له ممر أو شرب في حائط ، ومسلم في صحيحه : ١٩١/١٠ مع النووي ، باب مَنْ =

ودليل أنه مباح انه لم تثبت عليه يد ويملك باليد فيكون مباحاً للأيدي كالأصل أيضاً .

ودليل انه يملك باليد أنه إذا اتصل به إذن الإمام مُلِكَ ، وإنما مُلِكَ باليد لا بإذن الإمام ، فإن السبب عندهم هو الإحياء والإذن شرط .

وقد قال بعضهم : " إن الموات ملك جميع المسلمين " .

وليس بشئ ، فإنه لو جاء إنسان ...[1] بحيث لايقبل العمارة لايضمنه ، ولو كان على ما قالوه ضمن ، ولو جاء / إنسان وأخذ **١٦٨/أ** منه التراب لتطيين السطوح وضرب اللبن لم يمنع منه ، ولو كان مملوكاً للمسلمين يمنع من ذلك .

وأما الدليل في الذمي على أنه لايملك قوله عليه الصلاة والسلام (موتان الأرض لله ورسوله ثم هي لكم مني أيّها المسلمون) .[2]

ولأنه لو ملك الموات بالإحياء صار أصلاً في دار الإسلام وهو من جملة السكان بالإجرة فلم يجز تصرفه في دار الإسلام على وجه يكون هو الأصل ، وإذا جوّزنا إحياه صار أصلاً ، لأن كل مَنْ يملك هذه البقعة يتلقاها من قبله ، وهذا بخلاف ما إذا اشترى أرضاً ، لأن جواز شرائه لايجعله أصلاً بل الأصل غيره ، وهوتلقى من قبله .

(=) باع نخلاً عليها ثمر ، وأبو داود في سننه : ٧١٤/٣ مع المعالم ، باب العبد يباع وله مال (الإجارة) ، والترمذي في سننه : ٢٥٣/٥ مع العارضة ، باب ماجاء في ابتياع النخل بعد التأبير والعبد وله مال .

(١) كلمة عليها أثر أرضة .

(٢) رواه البيهقي في سننه : ١٤٣/٦ ، باب لايترك ذمي يحييه .

وأما حجتهم :

تعلقوا بقوله عليه الصلاة والسلام (عادى [1] الأرض لله ورسوله) . [2]

فلا يجوز التصرف فيها إلاّ بإذن من قبل الشارع أو نائب عنه وليس إلاّ الإمام ، ولأن للإمام ولاية الموات بدليل انه يجوز إقطاعه لذلك، فنقول ما ثبت فيه ولاية الإمام بالدفع و المنع لم يملك منه شئ بغير إذنه .

دليله : مال بيت المال .

واستدلوا في الذمي وقالوا : سبب الملك فيستوي فيه المسلم والذمي .

دليله : الإصطياد ، وهذا لأن المسلمين وأهل الذمة يستوون في أسباب الملك كما ذكرنا في كتاب السير .

الجواب :

أما الخبر فهو الخبر الذي ذكرناه من قوله :(موتان الأرض لله ورسوله ثم هي لكم مني أيها المسلمون) . [3]

وقد غفلوا عن باقي الخبر ، وليس مَنْ لم يعلم كمَنْ علم ولا مَنْ لم يصل إليه شئ كمَنْ وصل إليه وأدركه .

وإما الإقطاع فقد نقضوا بالمعادن يجوز فيه الإقطاع ويملك بمجرد الأخذ

---

(١) العادى : كل أرض كان لها ساكن في آباد الدهر فانقرضوا فلم يبق منهم أنيس فصار حكمها إلى الإمام ، وكذلك كل أرض موات لم يحييها أحد ولم يملكها مسلم ولا معاهد " أهـ . قاله أبو عبيد في الأموال ص ٣١١ ، ٣١٢ .

(٢) رواه أبو عبيد في الأموال ص ٣٠٦ ، باب الإقطاع . والبيهقي في سننه : ١٤٣/٦ ، باب لايترك ذمي يحييه .

(٣) سبق تخريجه .

بغير إذن الإمام ، وعلى أن عندنا ليس بحقيقة الإقطاع ، ولو بادر إنسان وأحياها قبل إحياء المُقْطعَ لها يملكها الأول ، فأما إذا اجتمعا يترجح المأذون له من قبل الإمام لوجود الولاية له في دار الإسلام ، وهذا قطعة من دار الإسلام فإذا ترجح أحدهما بإذنه يكون أولى ، كَمَنْ يقدمه للصلاة يكون أولى من غيره ، ومَنْ يقدمه القاضي للخصومة يكون أولى من غيره ، وإن لم يكن إذن الإمام شرط في واحد منهما .

وقد عملوا أكثر من هذا فإنهم جوّزوا تنفيل السلب وقبل التنفيل يكون مالاً لجميع الجيش .

وأما الذمي فقد ذكرنا وجه منعه من الإحياء ، وخرج على ذلك الصيود ، لأنها ليست من أصول دار الإسلام .

والحرف : انه ليس من أهل دار الإسلام فلا يساوي في دار الإسلام أهل دار الإسلام ، كما لايساوي في كثير من الأشياء على ما عرف والله تعالى أعلم بالصواب وبه الحول والقوة .



(مسألة الوقف)

مذهبنا ومذاهب أكثر أهل العلم بأن الوقف صحيح ويلزم بنفسه ويخرج الموقوف عن ملك الراقف ثم يجري أمره على شرائطه .[١]

وعند أبي حنيفة : لايلزم ما لم يقض القاضي بلزومه أو يخرجه مخرج الوصايا ويسع الثلث له ، ولايظهر دين فحينئذ يصير وقفاً أبداً لارجوع فيه لأحد .[٢]

لنا :

حديث ابن عوف عن نافع عن ابن عمر أن عمر قال : يارسول الله إني أصبتُ أرضاً بخيبر ما أصبتُ قط مالاً هو أنفس عندي منه فما تأمرني ؟ فقال رسول الله ص : (إن شئت تصدقت بها وحبست أصلها) قال : فتصدق بها على أن لايباع أصلها ولايوهب ولايورث في الفقراء وذوى القربى ، ولاجناح على مَنْ وليها أن يأكل منها بالمعروف أو يطعم صديقاً غير متمول " . وهذا الخبر في الصحيحين .[٣]

---

(١) الأم : ٢٨١/٣ ، المهذب : ٥٧٨/١ ، النكت ورقه : ١٨٢/أ ، الإشراف للبغدادي : ٧٩/٢ ، ٨٠ ، المغني : ١٨٥/٨ .

(٢) الأسرار : ٣٣٥/٢ /أ (مراد ملا) ، مختصر القدوري : ٤٣٠/١ (مع الجوهرة) ، اللباب في الجمع بين السنة والكتاب : ٥٦٢/٢ .

(٣) رواه البخاري في صحيحه : ٣٥٤/٥ ، ٣٩٩ مع الفتح ، باب الشروط في الوقف ، وباب الوقف كيف يكتب .
ومسلم في صحيحه : ٨٦/١١ مع النووي ، باب الوقف .

وأخرج البخاري [١] بطريق حماد بن زيد عن أيوب عن نافع عن ابن عمر أن عمر أصاب أرضاً من يهودي حارثة يقال لها : ثمغ [٢] فقال يارسول الله : إني أصبت مالاً نفيساً أريد أن اتصدق به ، قال : (فاجعلها صدقة لاتباع ولايوهب ولايورث يليها ذوى الرأي من آل عمر فما عفى من ثمرتها جعل في سبيل الله وابن السبيل والفقراء ولذي القربى ، وليس على مَنْ يليها جناح أن يأكل بالمعروف أو يطعم صديقاً غير متموّلٍ منه) .

قال : وتصدقت حفصة أرضاً لها على ذلك وتصدق ابن عمر أرضاً له على ذلك .

وأعلم أن صحّة الوقف اتفق عليها الصدر الأول ووقف رسول الله ص والصحابة / من بعده أبو بكر ، وعمر ، وعثمان ، وعلي ، **١٦٨/ب** وطلحة ، وزبير ، وعبد الرحمن بن عوف ، وابن مسعود ، وابن عباس ، وابن عمر ، والمسور بن مخرمة ، وجبير بن مطعم ، وعمرو بن العاص ، وأرقم بن أبي الأرقم ، وأنس ، ووقفت فاطمة ، وعائشة ، وحفصة [٣] ،

---

(١) انظر صحيح البخاري : ٣٥٤/٥ مع الفتح . لكنه لم يخرج إلا آخره فقط كما قال البيهقي في السنن .

وأخرجه البيهقي في سننه : ١٥٩/٦ ، باب الصدقات المحرمات مع اختلاف في اللفظ .

(٢) ثمغ : بالفتح : مال في شامي المدينة قرب كومة أبي الحمراء اصابه عمر من يهود بني حارثة ، انظر : خلاصة الوفاء ص ٥٣٠ .

(٣) روى هذه الآثار عنهم : ابن قدامة في المغني : ١٨٥/٨ ، الشافعي في الأم : ٢٧٦/٣ سنن الترمذي : ١٤٤/٦ ، مع العارضة .

وغيرهم ممن يكثر عددهم [1] واعتمدوا لزوم هذه الأوقاف فإنه روى عن عمر وعلى أنهما وَقَفَاً بتاً بتلا " [2] .

وحكى الشافعي عن أكثر من ثمانين نفر من الأنصار إنهم تصدقوا بصدقات محرمات موقوفات ، وكذلك وقف التابعون من بعد الصحابة ولم يرو أن أحداً رجع عن وقفه أو خاصم أحد من الورثة في وقف وقفه مُورثُه واعتقد إرثه إياه وجواز بيعه وملكه فصار هذا إجماعاً من الأمة .

فإن قالوا : " عمدتكم خبر عمر ، وليس فيه ان النبي ﷺ أذن له فيها فعل أو عرفه فرضيه ، وإنما هو فعل عمر بنفسه " .

قلنا : هذا محال ، وإنما سأل عمر رضي الله عنه عن رسول الله ﷺ عن ذلك واستأمره فيما يفعله وَفَعَلَ ما فَعَلَ بإشارته ، وقد روى عبد العزيز [3] بن المطلب عن يحى بن سعيدعن نافع عن ابن عمر في هذه القصة قال : فقال له النبي ﷺ : (تصدق بثمره واحبس أصله لايباع ولايورث) . [4]

---

(١) المغني : ١٨٥/٨ .

(٢) رواه البيهقي في سننه : ١٦١/٦ ، باب الصدقات لمجرمات .
وهذا اللفظ يقتضي قطع الحقوق .

(٣) عبد العزيز بن المطلب بن عبد الله بن حنطب المخزومي أبو طالب المدني =

(٤) رواه البيهقي في سننه : ١٦٠/٦ ، باب الصدقات المحرمات ،والدارقطني في سننه : ١٨٧/٤ .

(=) صدوق ، من السابعة ، مات في خلافة المنصور ، روى له البخاري تعليقاً ، ومسلم والترمذي ، وابن ماجة . انظر التقريب ص ٢١٦ .

وهذا نص ان ما فعله عمر رضي الله عنه إنما أخذه من رسول الله ﷺ .

فإن قالوا : قد روى عن عمر انه قال : «لولا أني ذكرتُ صدقتي لرسول الله ﷺ لرددتها » .[1]

وهذا يدل على انه ما اعتقد اللزوم في الوقف الذي وقَفَه .

قلنا : هذا شئ رواه ابن شهاب منقطعاً عن عمر ، والمنقطع لايكون حجة فلا تترك الأخبار الصحيحة الثابتة في الباب بمثل هذا ، وعلى أنه يجوز أن يكون معناه ردّها إلى سبيل آخر من سبل الخير ، لأنه لايظن بعمر رضي الله عنه مع حرصه على الخيرات انه يفعل خيراً أو يشترط ما شرطه ثم يرجع عن ذلك الخير ويرده ، وقد كانت رغبتهم في الخير على الزيادة لا على النقصان .

وقد تعلق المخالفون بقول شريح "جاء محمد ص بإطلاق الحُبُس " .[2]

وبحديث عكرمة عن ابن عباس أن النبي ص قال : (لاحبس في فرائض الله) .[3]

وبحديث عبد الله بن زيد بن عبد ربه انه أتى النبي ﷺ وقال : حائطي هذا صدقة ، وهو إلى الله ورسوله فجاء أبواه وقالا : انه كان قوام عيشنا فرده رسول الله ﷺ إليهمــا فلما ماتا ورثهما ابنهما[4] عبد الله بن زيد .[5]

---

(١) رواه الطحاوي في شرح معاني الآثار : ٩٦/٤ .

(٢) رواه البيهقي في سننه : ١٦٢/٦ ، باب مَنْ قال لاحبس عن فرائض الله .

(٣) رواه البيهقي في سننه : ١٦٢/٦ من طريق الدارقطني .في سننه : ٦٨/٤

(٤) في المخطوط " مهما " ، والتصويب من سنن البيهقي .

(٥) رواه البيهقي في سننه : ١٦٣/٦ ، باب من قال : لاحبس عن فرائض الله .

الجواب :

أما الأول : فقوله : " جاء محمد بإطلاق الحبس " معناه التي كانت تفعلها الجاهلية مثل السوائب والحامي ، وما أشبه ذلك فجاء رسول الله ﷺ بإبطالها وردّها إلى أصحاب أملاكها ولاينبغي أن يكون معنى الحديث غير هذا ، لأن قوله : "باطلاق الحُبُس " يقتضي حُبُساً معهودة ، والتي كانت معهودة هي هــذه الحُبُس التي كانت الجاهلية يعتادونها .

فأما الوقوف فإنما هي شرعية ولم يعرف فعلها من أهل الجاهلية ، فكيف يجئ محمد باطلاقها ؟ .

وأما الحديث الثاني :

رواه ابن لهيعة [١] عن أخيه عيسى [٢] بن لهيعة ، وأجمع أهل العلم بالرجال : انهما ضعيفان [٣] ولاتقوم بروايتهما حجة ، وإنما هذا شئ روى عن شريح أيضاً . [٤]

وعلى أن الوقف ليس بحبس عن فرائض الله ، لأن فرائض الله تعالى توجد بعد الموت ، فإذا وقف في حال الحياة ، فأين الحبس عن فرائض الله ؟

وأما الخبر الثالث :

فرواه أبو بكر بن عبد الله بن محمد بن عمرو بن حزم ، وهو لم يلق عبد الله بن زيد فيكون مرسلاً [٥] ثم يحتمل انه كان فرض أصل الصدقة إلى

---

(١) تقدمت ترجمته .
(٢) عيسى بن لهيعة له ترجمة في لسان الميزان : ٤٠٣/٤ .
(٣) قال الدارقطني بعد رواية الحديث " لم يسنده غير ابن لهيعة عن أخيه وهما ضعيفان " انظر : السنن : ٦٨/٤ .
(٤) انظر سنن البيهقي : ١٦٢/٦ .
(٥) رواه البيهقي في سننه : ١٦٢/٦ وقال " هذا مرسل ، أبو بكر بن حزم لم يدرك عبد الله بن زيد " . أهـ .

رسول الله ﷺ فرأى ﷺ ردّها إلى أبويه .

وأما الكلام من حيث المعنى :

فأعلم أن المعتمد السنة ، وقد وردت مورداً لايسع خلافها وفيها غنية عن القياس ، وان احتج محتج به فوجه ذلك التعلق بالمساجد فإن جعل الأرض مسجداً جائز بالإجماع ، والوقف بمثابة لأنه حبس أصل على نفعٍ عائدٍ على المسلمين .

ويمكن أن يقال : انه تحبيس أصلٍ وتسبيل ثمرةٍ مثل الوقف سواء وهذا لفظ روى عن النبي ﷺ انه قال ذلك لعمر حبس الأصل وسبل الثمرة ، وهو موجود في وقف الأراضي وبناء المساجد على وجه واحد ، ولأن الصدقة الجارية بعد الموت مطلوبة من قبل الشرع بدليل قال عليه السلام (إذا مات ابن آدم انقطع عمله إلاّ من ثلاث : ولد صالح ، وعلم علّمه الناس، وصدقة جارية)[1] ولاتوجد صدقة جارية بعد الموت إلا الوقف ، ولأن الحاجة تدعو إلى بناء الرباطات والمدارس واتخاذ **/١٦٩/أ** السقايات ووقف المقابر على الموتى وغير ذلك للمسايلة والمسافرين والفقهاء من الغرباء والمجتازين على الطريق مثل ما توجد الحاجة إلى اتخاذ المساجد ، فإذا لم نجوّز مع عموم الحاجة أدّى إلى حرج عظيم ، والحرج مدفوع في الشرع ، بل الحاجة إلى إتخاذ الرباطات في المفاوز واتخاذ السقايات في الطرقات أكثر من اتخاذ المساجد ، لأن موضع النزول في المفاوز تعوز مالا يعوز موضع الصلاة.

وأما المخالف : ذهب إلى أن الوقوف مجراة على شرط الواقف ولو كان

---

(١) رواه الترمذي في سننه : ١٤٤/٦ مع العارضة ، باب الوقف .

يوجب زوال ملك الواقف بنفسهـا لم يجـر على شرطـه بعد زوال ملكـه كالمسجد حتى لو شرط في المسجد أن يصلي قوم دون قوم لايجوز .

قالوا : ولأنه ليس في لفظ الوقف ما يدل على زوال الملك ، وإنما الوقف لمعنىً الحبس ، والحبس لايدل على زوال الملك ، ولأن جواز الحبس بالوقف يؤدي الى تعطيل الأملاك فلا يجوز ، كما لاتجوز سوائب الجاهلية .

قالوا : وأما الحاجة التي قلتم فترتفع بفعل الوقوف على جهة الوصية وعندنا يجوز ذلك ، وهذا لأنه يلزم على جهة الوصية مالايلزم منجزاً في حال الحياة .

ألا ترى أن التبرع بالمنافع لايلزم في حال الحياة ويلزم بعد الموت وتجوز الوصية بثمرة البستان ونتاج المواشي بعد الموت ولايجوز في حال الحياة .

قالوا : أمّا المسجد فإتخاذ الأرض مسجداً إبطال الملك فيها فهو كتحرير العبد فيجوز مثله ، ومسألتنا بعيدة عن هذا ، لأن الوقف لايتضمن إبطال الملك في الموقوف فيكون الوقف في المعنى تمليك مجهول من مجهول أو معدوم من معدوم .

الجواب :

أما التمسك بالسنة مانع من التعلق بهذه الكلمات ، وهذا لأن المعاني إذا كانت ترد النصوص وَخَرَجَتْ عليها كانت باطلة مردودة ، وعلى أن في هذه المعاني ليس لهم كثير تعلق .

أما إجراء الوقف على شرط الواقف فليس ذلك بدليل على فساد الوقف بدليل ما لو أخرجه مخرج الوصية ويجري على شرطه ، وعلى أن ليس في إجرائه على شرطه إلاّ إثبات نوع ولاية له في الوقف .

ومثل هذا جائز في الشرع ، كما ثبت للمضحي من الولاية في الأضحية منعاً واعطاءً وادخاراً وقريً وغير ذلك ، وإن كانت الأضحية توجب زوال الملك ، وكذلك وجوب الزكاة يقتضي استحقاق إزالة الملك ، ومع ذلك ثبت له نوع ولاية فيها بتعيين المحال من الأصناف الثمانية ، ولأن عندنا إنما تجوز شروطه ما كانت مقرونة بأصل الوقف ، والأراضي عند الوقف على ملكه فتكون شروطه تصرفاً فيما يملكه فلم يمنع منه حتى لو وقف مطلقاً وجوّزنا لم يجز بعد ذلك منه شرط فيه ليجري عليه .

وأما قولهم : " **إن لفظ الوقف لايدل على زوال الملك** " .

قلنا : يتضمنه اقتضاءً وإن كان نصه لايدل عليه .

ومعنى قولنا : " أنه يتضمنه على طريق الإقتضاء " لأن صرف منافع الوقف إلى جهات معلومة بقصد القربة يقتضي زوال ملكه عن الأصل وإنفاقه على تلك الجهات ، لأنها إذا بقيت على ملكه تكون المنافع له فلا تنصرف إلى تلك الجهات فاقتضى الوقف زوال الملك ليصح الوقف " .

وأما قولهم : " **إن جواز الوقف يتضمن تعطيل الأملاك** " .

فليس كذلك ، لأن تعطيل الأملاك إنما يتحقق إذا لم يكن في الوقف غرض وفائدة مثل ما كان يفعله أهل الجاهلية ، فأما إذا كان حبس الأصل لفائدة إجراء الصدقة في المنافع والفوائد الحاصلة من هذا الأصل فإنه لايكون تعطيلاً للملك ولم يكن له شبه بسوائب الجاهلية .

وأما الإلزام بالوقف على جهة الوصية فإلزام متوجه .

وقولهم : " قد يلزم بعد الموت مالايلزم في حال الحياة " .

قلنا : الأصل في الوقف إزالة الملك عن هذا الأصل وإرصاد منافعه لجهة من الجهات تُصرف اليها ، وهذا الإرصاد تبع لزوال الملك ، وإزالة الملك عن الأصول لغرض صحيح يستوي فيها حال الحياة ، وحال الوفاة بدليل إتخاذ المسجد وعتق العبد وغير ذلك على ما سبق .
هذا نهاية الإمكان ، والمعتمد السنة التي ذكرناها .

والله تعالى أعلم بالصواب .

(كتاب الهبة)

/ مسألة : ١٦٩/ب

الملك الواقع بالهبة ملك لازم لارجوع فيه للواهب إلاّ في الأب يهب لولده .[١]

وعندهم :

الملك الواقع به غير لازم ، وإنما يلزم بعارض دليل فإذا وهب يئاً لأجنبي فله أن يرجع فيها ما لم يعوّض وإن وهب لذي رحم محرم فلا رجوع له ، وكذلك إذا وهب أحد الزوجين لصاحبه .[٢]

لنا :

حديث عمرو بن شعيب عن طاووس عن ابن عباس ، وابن عمر عن النبي ص انه قال : (لا يحل للرجل أن يعطي عطية أو يهب هبة ويرجع منها إلاّ الوالد فيما يهب لولده)[٣] . وهذا نص في المسألتين .

قالوا : رواه حسين المعلم عن عمرو بن شعيب وقد كان مدلّساً .

قلنا : قد وثقه يحيى بن معين[٤] ، والتدليس إذا لم يكن في

---

(١) الأم : ٣/٢٨٣ ، ٢٨٤ ، مختصر المزني مع الأم : ٣/١٢٢ ، المهذب : ١/٥٨٣ ، النكت ورقه ١٨٣/ب ، ١٨٤/أ ، روضة الطالبين : ٥/٣٧٩ ، معالم السنن : ٣/٨٠٩ . وبه قال الحنابلة . انظر : المغني : ٨/٢٧٧ .

(٢) الأسرار : ١/١٩٠/أ (مرادملا) ، مختصر الطحاوي ص ١٣٨ ، ١٣٩ ، مختصر القدوري مع الجوهرة : ١/٤٢٣ ـ ٤٢٥ ، المبسوط : ١٢/٥٣ ، رؤوس المسائل ص ٥٥٠ ، إيثار الانصاف ص ٢٨٢ .

(٣) رواه الترمذي في سننه : ٨/٢٦٤ مع العارضه وقال : حديث حسن ، باب ما جاء في كراهية الرجوع في الهبة .
وأبو داود في سننه : ٣/٨٠٨ مع المعالم ، باب الرجوع في الهبة .==

(٤) انظر تهذيب التهذيب : ٢/٣٣٨ ، سنن الدارقطني : ٣/٤٢ .

عامة روايات الرجل لايقدح في روايته .

قالوا : روى هذا الخبر ابن جريج عن الحسن [1] بن مسلم عن طاووس مرسلاً . [2]

وهذا هو الأصح ، والمرسل لايكون حجة " .

قلنا : رواه مسنداً أبو داود في سننه [3] ، وما يرويه حجة .

فإن قيل : يحمل الخبر على الكراهية ، وعندنا نكره للواهب أن يرجع في هبته إلا الوالد عند الحاجة لانكره له ذلك فقد قلنا بموجب الخبر .

والجواب : أن ظاهر النهي للتحريم إلاّ أن يقوم دليل ، فأما استثناء الوالد فلا يستقيم عندهم بحال في المحل الذي ورد فيه الحديث ، لأن الإستثناء في الرجوع ، وإذا وجدت الحاجة فلا رجوع وإنما هو أخذ ماله بسبب الحاجة بقيام الدليل عليه مثل ما يأخذ سائر أمواله إذا احتاج إليها ، ونحتج في جانب الوالد على الخصوص بحديث الزهري عن حميد [4] بن عبد الرحمن عن النعمان بن بشير أن أباه نحله غلاماً له ، فأتى النبي ﷺ يشهده

(=) وابن ماجه في سننه : ٧٩٥/٢ ، باب مَنْ أعطى ولده ثم رجع فيه .
والإمام أحمد في المسند : ٧٨/٢ . والدارقطني في سننه : ٤٢/٣ ، ٤٣ .

(١) الحسن بن مسلم نيّاق المكي ، ثقة ، من الخامسة ، ومات قديماً بعد المائة بقليل ، روى له البخاري ومسلم وأبو داود والنسائي وابن ماجة .
انظر التقريب ص : ٧٢ .

(٢) رواه عبد الرزاق في مصنفه : ١١٠/٩ ، والدارقطني في سننه : ٤٣/٣ .

(٣) سنن أبي داود : ٨٠٨/٣ ، ٨٠٩ مع المعالم .

(٤) حميد بن عبد الرحمن بن عوف الزهري أبو إبراهيم ويقال : أبو عبد الرحمن ويقال : أبوعثمان المدني ، ثقة ، مات سنة ٩٥هـ ، وسنّه (٧٣) سنة .
انظر تهذيب التهذيب : ٤٥/٣ . روى له أصحاب الكتب الستة .

عليه فقال : أكل ولدك نحلته هذا ؟ قال : لا ، قال : فاردده .

وفي رواية " فارتجعه " [١] ، وفي رواية " فرد أبي تلك الصدقة " . [٢]

فإن قالوا : يحتمل انه لم يكن سَلّم إليه " .

قلنا : هذا لايصح ، لأنالنعمان بن بشير كان صغيراً في زمان النبي ﷺ ، . وقيل : إنه كان ابن عشر سنين عند وفاة النبي ﷺ ، وعندكم مَنْ وهب لابنه الصغير شيئاً يصير مسلماً إليه بنفس العقد ، ولأنه قال : " فارتجعه " . والإرتجاع : يكون بعد التسليم .

والمعنى : ان الهبة عقد تمليك فإذا تمّ به الملك لم يجز للمالك الرجوع فيه بنفسه .

دليله : البيع .

والفقه : ان العقد إذا تم مفيداً لحكمه فلا يجوز لأحد المتعاقدين فسخه ونقضه إلاّ بسبب جديد ولا سبب سوى العقد والعقد لايكون سبباً لنقضه ، لأن الشئ لايوجب ضده . ولأن الرجوع ردّ ملك الموهوب له ، وردّ ملك الموهوب له تصرف عليه ولا ولاية له عليه حتى يتصرف في رد ملكه .

وقد قال بعض أصحابنا : " ان الملك بالهبة شبيه الملك بالمواريث فلا يرد "

---

(١) رواه البخاري في صحيحه : ٢١١/٥ ، مع الفتح ، باب الإشهاد على الهبة .
ومسلم في صحيحه : ٦٥/١١ ، ٦٦ مع النووي ، باب كراهية تفضيل بعض الأولاد في الهبة .
وأبو داود في سننه : ٨١١/٣ ، ٨١٢ ، مع المعالم ، باب في الرجل يفضل بعض ولده في النحل .
والإمام أحمد في مسنده : ٢٦٨/٤ ، والدارقطني في سننه : ٤٢/٣ .

(٢) في صحيحه البخاري قال : " فرجع فردّ عطيته " ٢١١/٥ مع الفتح .

وليس هذا بشئ ، لأن الملك بالميراث يثبت شرعاً فلا يقبل الردّ ، والملك في مسألتنا يثبت بالعقد ، والعقد يقبل الفسخ لأن ما يعقد يُحلّ ، ولهذا لو تراضيا على فسخه ورد الملك إلى الواهب جاز .

وأما رجوع الوالد فيحال به على النص هذا هو الصحيح ، وليس فيه معنى يمكن الإعتماد عليه .

والذي قالوا : انه وهب كسبه لكسبه " فليس تحته معنى ولو كان كذلك لم يجز العقد أصلاً ، كما لو وهب لغلامه شيئاً ."

والذي قالوا : إن للوالد حقاً في مال ولده " .فليس فيه دليل أيضاً على جواز الرجوع ، لأن ذلك الحق إن ثبت لايظهر عمله إلاّ في موضع خاص وهو جواز الإستيلاد فأما في غيره من الأحكام فلا عمل له فيه أصلاً .

وأما حجتهم :

قالوا : روى أبو هريرة أن النبي ﷺ قال : (الواهب أحق بهبته ما لم يثبْ منها) .[1]

قالوا : وقوله " أحق " يقتضي ثبوت حق للموهوب له وثبوت حق للواهب ثم تقديم حق الواهب على الموهوب له ، وذلك لايكون إلا بعد أن يهب ويسلم . قالوا : وروي عن علي وعمر أنهما قالا :" فيمن وهب لذي رحم محرم له لارجوع له " .[2]

---

(١) رواه الدارقطني في سننه : ٣/٤٤ .
وابن ماجة في سننه : ٢/٧٩٨ ، باب مَنْ وهب هبة رجاء ثوابها .

(٢) رواه مالك في الموطأ : ٦/١١٠ مع المنتقى ، باب القضاء في الهبة (عن عمر) .
وذكره ابن قدامة في المغني : ٨/٢٦٤ .
واستدل به الدبوسي في أسراره : ١/١٩٠/أ (مراد ملا) .

وربما يسندون إلى النبي ﷺ .[1]

قالوا : ولأن المقصود تخلّف في الهبة للأجنبي إذا فات العوض وفوات المقصود يثبت حق الفسخ للعاقد إذا كان العقد يقبل الفسخ .

دليله : المشتري إذا وجد بالمبيع عيباً ، فإن السلامة لما كانت مقصودة وفاتت بوجود العيب يثبت حق الفسخ ، وإنما قلنا إن المقصود تخلّف ، لأن العوض مقصود في الهبة بدليل قوله تعالى (**وَإِذَا حُيِّيتُم بِتَحِيَّةٍ فَحَيُّوا بِأَحْسَنَ مِنْهَا أَوْ رُدُّوهَا**)[2] وهذه الآية في الهبة أظهر منها في السلام ، لأن الرد للشئ يقتضي أن يرد ذلك الشئ بعينه ، وهذا يتصور في الهبة فأما في السلام فلا ، لأن رد / السلام مقابلته **١٧٠/أ** بمثله لا ردّ بعينه .

وقال عليه الصلاة والسلام : (مَنْ اصطنع عندكم معروفاً ـ يعني اليكم ـ فكافؤه ، فإن لم تجدوا ما تكافؤنه فادعوا له حتى تعلموا أنكم قد كافئتموه)[3]

ولأن المعروف بالمال يسمي قرضاً، والقرض يقتضي الجزاء وقد قال لبيد :[4]

وإذا جُوزِيت قَرْضاً فاجْزِهِ إنما يجزي الفتى ليسَ الجَمْلْ

ويقال : الأيادي قروض ، وبهذا الطريق سميت الصدقة قرضاً لأنها تقابل بمثلها ، ولأن في عادة عامة الناس إنما يطلب من الهبات محض الثواب ،

---

(١) رواه الدارقطني في سننه : ٤٤/٣ ، وقال : تفرد به عبد الله بن جعفر .

(٢) سورة النساء آية (٨٦) .

(٣) رواه أبو داود في سننه : ٣١٠/٢ مع المعالم ، باب عطية من سأل بالله .

(٤) انظر ديوانه ص ١٧٩ .

ألا ترى أن الإنسان إذا عدّ منّة على الإنسان يعدّ منها اعطاه إياه من المال ثم عدم تعويضه منّة .

قالوا : ولايجوز أن يقال : إن المطلوب هو التودد والتحبب واستجلاب الشكر والثناء ، لأن هذه عادة أهل الكرم والجود ، فأما عادة أهل البخل واللوم فنفس المال مقصود ، وكذلك يقصدون الثواب ، والمعتبر عادة عامة الناس وعامّة عادتهم طلب الثواب .

وأما مَنْ يطلب التودد والتحبب فنادر بين الناس فلا يعتبر .

قالوا : وأما إذا وهب لذي رحم محرم فإنما سقط الرجوع لإتصال المقصود بالهبة وهو صلة الرحم ، فصار كما لو وهب من أجنبي وعُوّض منه .

قالوا : وكذلك إذا وهب أحد الزوجين لصاحبه قد اتصل به المقصود وهو طلب المودة والمحبة .[1]

الجواب :

أما الخبر الأول : فقد رواه إبراهيم بن اسماعيل بن مجمع .[2]

قال أبو نعيم : لاتساوي روايته فلسين .[3]

وقال يحيى وأبو حاتم : هو ضعيف .[4]

وقال أبو زرعة : يكتب حديثه ولايحتج به .[5]

---

(١) ذكر هذه الإستدلالات الدبوسي في أسراره : ١/١٩٠/أ، ب مراد ملا) .

(٢) ابراهيم بن إسماعيل بن مجمع الأنصاري أبو اسحاق المدني ، ضعيف من السابعة ، روى له البخاري تعليقاً ، وابن ماجة . انظر التقريب : ص ١٩ .

(٣) انظر تهذيب التهذيب : ١/١٠٥ .

(٤) انظر : تهذيب التهذيب : ١/١٠٥ .

(٥) المرجع السابق .

ورواه عن عمرو بن دينار عن أبي هريرة [١] ، وعمرو بن دينار لم يلق . [٢]

وأما الذي نقلوا عن عمر [٣] وعلي فلا يعرف ، وإنما رُوي مثل مازعمه أبو حنيفة في ذوى المحارم عن عبيد الله [٤] بن الحسن العنبري فحسب .

وقد نقل أصحابنا مثل قول الشافعي عن عمر وابن عباس وابن عمر . [٥]

والذي اسندوه إلى الرسول نقطع انه باطل . [٦]

وقد روى قتادة [٧] عن ابن المسيب عن ابن عباس ان النبي ﷺ قال : (العائد في هبته كالعائد في قيئه) .

قال همام [٨] : قال قتادة : ولانعلم القئ إلاّ حراماً " . [٩]

---

(١) انظر سنن الدارقطني : ٤٣/٣ ، ٤٤ .

(٢) كذا في المخطوط ولعله " يلقه " .
قال ابن حجر في تهذيب التهذيب نقلاً عن ابن أبي حاتم عن أبي زرعة انه " لم يسمع من أبي هريرة " . انظر تهذيب التهذيب : ٨/ ٣٠.

(٣) أما قول عمر فقد سبق تخريجه في أول المسألة وما قول علي فلم أقف عليه .

(٤) عبيد الله بن الحسن العنبري البصري قاضيها ، ثقة ، فقيه ، لكن عابوا عليه مسألة تكافؤ الأدلة ، من السابعة ، مات سنة ٦٢ ، وليس له عند مسلم سوى موضع واحد في الجنائز ، روى له مسلم وأبو داود في الناسخ والمنسوخ . انظر التقريب ص ٢٢٤ .

(٥) ذكر ذلك الشيرازي في النكت ورقه ١٨٣/ب .

(٦) انظر سنن الدراقطني : ٤٣/٣ ، وقال بعد سياق الحديث : " لايثبت مرفوعاً " .

(٧) أي قتادة بن دعامة السدوسي وقد سبقت ترجمته في : ١٨٢/١ من الإصطلام .

(٨) همام بن يحيى بن دينار العَوْذي (بفتح المهملة وسكون الواو وكسر المعجمة) ، أبو عبد الله ، أوَ أبو بكر البصري ، ثقة – ربما وهم – من السابعة ، مات سنة ١٥٤هـ روى له أصحاب الكتب الستة . انظر التقريب : ص ٣٦٥ .

(٩) رواه البخاري في صحيحه : ٢٣٤/٥ مع الفتح ، باب لايحل لأحد أن يرجع في هبته وصدقته .
ومسلم في صحيحه : ٦٤/١١ مع النووي ، باب تحريم الرجوع في الصدقة والهبة .

وأما المعنى الذي تعلقوا به .

وقولهم : " **انه عقد تخلّف عنه مقصوده** " .

قلنا : ليس كذلك ، لأن الأحكام مقاصد العقود ، وقد اتصل به حكمه في مسألتنا وهو الملك ، وفي المبيع إذا وجد معيباً إنما يرده باعتبار فوات جزء من المبيع على ما عرف .

والمعتبر من الجواب ان الهبة غير معقود لطلب العوض إنما هي تبرع بالملك على الغير أو محض إفضالٍ وإحسانٍ مع الغير .

قالوا : العاقل لايفعل سبباً إلاّ لنفعٍ يصل إليه ، فأيش نفع الواهب ؟ .

قلنا : الذكر الجميل ، والثناء الحسن ، واكتساب المودة والمحبة في قلوب الناس ، واصطناع المعروف ، وهذا لأن فعل المعروف مدعواً إليه لعينه ، والافضال إلى الناس حسن في الطباع لنفسه .

ويقال لهم : اعتبار عادة الكرام أولى من اعتبار عادة الأخسّة .

وقولهم : " ان أهل الكرم قد قلّوا " .

قلنا : لما قلّ أهل الكرم فقد قلّت المكارم أيضاً ، وأهل الفضل نادر ، والإفضال نادر ، فهو نادر من نادر ، وعلى أنه كان ينبغي أن يقال : انه إذا وَهَبَ مَنْ يعلم انه يقصد بهبته محض الإفضال لايرجع ، وإذا وَهَبَ مَنْ يعلم انه يقصد التعويض يرجع إذا لم يعوّض ، فهذا هو الأولى بهذا الطريق الذي اعتبروه، وأيضاً إذا كان التعويض مطلوباً في

(=) وأبو ادود في سننه : ٨٠٨/٣ مع المعالم ، باب الرجوع في الهبة .
وابن ماجة في سننه : ٧٩٧/٢ ، باب الرجوع في الهبة .

العادة والمعتاد بمنزلة المشروط فينبغي أن يكون حكم كل الهبات حكم الهبة بعوضٍ فيأخذ حكم البياعات .

وعندهم : ان الهبة بشرط العوض تنعقد هبة وتتم معاوضةً حتى تجب فيه الشفعة ويرد به العيب ، فاجعلوا هذا حكم جميع الهبات .

فإن قالوا : ان هذا في العوض المصرح به " .

قلنا : المعهود عرفاً كالمصرح به .

دليله : مسألة نقد البلد .

فإن قالوا : ان العوض هناك معلوم ، وههنا مجهول " .

قلنا : فاجعلوا الهبه بعوضٍ مجهولٍ بمنزلة البيع الفاسد ووفروا عليه احكامه ، فهذه وجوه معتمدة في الجواب عن طريقتهم .

وقد قال الأصحاب : انه لو كان المقصود عرفاً معتبراً وجب أن لايسقط الرجوع إلاّ إذا كان العوض أكثر من الموهوب لأن المعتاد انه يُوهبُ الشئ لطلب ما هو أكثر منه ، وحين سقط الرجوع بالعوض اليسير دل ان العرف ساقط وهم يقولون على هذا إنما سقط الرجوع في الهبة التي قلتم لرضا الواهب بالسقوط حين قبل العوض اليسير ..... [1] ينبغي أن لايرضى به ولايقبله حتى لو رضى / بشكره وثنائه عند الناس فإنه ١٧٠/ب يسقط رجوعه أيضاً ، أورده بعضهم .

وما قدمنا من الأجوبة كافٍ .

وأما قولهم : " ان في هبة ذوي الأرحام اتصل بها مقصودها " .

قد دخل الجواب عن هذا فيما قدمنا ، وعلي أنه إذا وَهَبَ لجاره أو

---

(١) في المخطوط الكلمة غير واضحة .

لابن عمه فإنه يرجع عندكم وان اتصل بها المقصود من صلة الجار وابن العم .

وقد قال أبو حنيفة [1] :لو وهب لعبد أخيه يرجع ، وقد اتصل به المقصود من صلة الأخ ، فإن الملك يقع له .



(١) انظر : الأسرار ١/١٩١/أ (مراد ملا) .

(مسألة)

هبة المشاع صحيحة موجبة للملك عند اتصال القبض بها سواء كانت فيما يحتمل القسمة أو فيما لايحتمل القسمة .[1]

وعندهم : يوجب الملك في المشاع الذي لايحتمل القسمة ولايوجبه في المشاع الذي يحتمل القسمة .[2]

لنا :

ان الهبة عقد تمليك فصح في المشاع موجباً لحكمه .

دليله : البيع ، وهذا لأنها لما كانت عقد تمليك فصحته بصدره من أهله في محله ، ومعلوم أن الواهب من أهل الهبة .

وأما وجود المحل : فإن الهبة لما كانت عقد تمليك فما يكون محل الملك يكون محل الهبة .

ونقول أيضاً : أن الهبة عقد شرعي مشروط بشرط ، والعقد في المشاع منعقد ، أما عندنا فظاهر ، وعندهم : فلأنه لو وهب نصف دار ثم حسم وسلّم فإنه يجوز ويملكه الموهوب له ، ولايحتاج إلى تحديد الهبة ، فدل أن العقد في المشاع قد وُجِدَ وانعقد .

---

(١) الأم : ٢٨٤/٣ ، المهذب : ٥٨٣/١ ، النكت ورقه ١٨٣/أ ، روضة الطالبين : ٣٧٦/٥ ، معالم السنن : ٨٠٩/٣ .
وبه قال الحنابلة . انظر : المغني : ٢٤٧/٨ .

(٢) الأسرار ١٨٦/١/أ (مراد ملا) ، مختصر الطحاوي ص ١٣٩ ، مختصر القدوري : ٤٢٠/١ (مع الجوهرة) ، إيثار الأنصاف ص ٢٨٠ .

يبينه : انه إذا كان هذا النصف محل العقد والعقد لايُعني لعينه إنما يُعني لحكمه فوجب أن يكون محل حكمه ، لأنه لايتصور أن مالايكون محل حكم العقد يكون محل العقد .

وأما الشرط فهو التسليم وقد وُجِدَ في المشاع حسب مايوجد في المفرز .

والدليل عليه : الحسّ والعيان فإنه لو وهب منه نصف الثوب وسلّم الثوب إليه فقد حصل الجزء الشائع في قبضه قطعاً .

وأما من حيث الحكم : فالدليل عليه : القبض في عقود المعاوضات فإنه صحيح في المشاع مفيد حكمه، ويلزم البيع الفاسد على أصلهم وصورته : لو باع شقصاً بيعاً فاسداً من إنسانٍ وسَلّم إليه ملكه عندهم وهو نظير الهبة من أصولهم ، فإن العقد بنفسه لايفيد الملك في الموضعين ما لم يتصل به القبض ومع ذلك حكموا بالملك في الصورة المذكورة وهذا في نهاية الإلزام .

وأماحجتهم :

تعلقوا بقول أبي بكر الصديق لعائشة رضي الله عنهما حين نحلها أوساقاً [1] من التمر بالعالية ، وأنكِ لم تكوني حُزتيه ولا قبضتيه ، وإنما هو اليوم مال الوارث " . [2]

---

(١) الوسق : ستون صاعاً بصاع النبي ص ، والصاع : خمسة أرطال وثلث ، وجمعه أوساق . انظر المصباح المنير مادة (وسق) .

(٢) رواه الإمام مالك في الموطأ : ٩٣/٦ مع المنتقى ، باب مالايجوز من النحل .

والبيهقي في سننه : ١٧٠/٦ ، ١٧٨ ، باب شرط القبض في الهبة ، وباب ما يستدل به على أن أمره بالتسوية بينهم في العطية .

قالوا : والحيازة عبارة عن القسمة ، لأن الحيازة هي جمع الشئ في حيّز ، والمشاع متفرق فبالقسمة يجمع في حيّز واحد .

دل أن الحيازة : عبارة عن القسمة .

ورووا أيضاً عن جماعة من الصحابة [(١)] أنهم قالوا : لاتصح الهبة إلاّ محوزة مقبوضة .

وقد عبّروا عن ما قلناه وقالوا : الحيازة جمع الشئ المتفرق . [(٢)]

قال الشاعر :

كقابض ماءٍ لم تحُزْهُ أناملُه

أيّ لايجتمع ذلك ، والقسمة جمع الاجزاء الشائعة ، لأنها إفراز وإنما يفرز النصيبان بحيّزين ، وذلك إذا اجتمعت هذه الأجزاء في هذا الحيّز وهذه الأجزاء في هذا الحيّز .

قالوا : ولأن الهبة لاتوجب الملك إلاّ بقبضٍ وهو بمنزلة القبول في باب الشراء ، وتمام القبض في مشاعٍ يحتمل القسمة بالقسمة فلا يقع الملك قبلها لعدم تمام الملك ، كما إذا لم يتم القبول في البيع من المشترى لايقع به الملك .

---

(١) ذكر ذلك ابن قدامة في المغني عن أبي بكر وعمر وعثمان رضي الله عنهم . انظر المغني : ٨/ ٢٤٥ .

(٢) البيت لضابئ بن الحارث البرجمي وصدره :

فإني وأيّاكُمْ وشوقاً إليكُمْ ... كقابض ماءٍ لم تَسِقْهُ أنامِلُهْ

ذكره في اللسان في مادة (وسق) ، وفي الخزانة للبغدادي : ٩/ ٣٢٧ (تُطِعْهُ أنامِلُهْ)

والدليل على أن تمام القبض بالقسمة ان القبض عبارة عن الحيازة باليد ، وتمام الحيازة بالقسمة ، لأنها كإسمها إفراز في مكانٍ ولا سبيل إلى ذلك إلاّ بالإجتماع ولا اجتماع إلاّ بالحيازة ، ولأنا بيّنا انها عبارة عن الحيازة فدل أن تمام القبض بالقسمة .

ويدل من حيث الحكم أن مَنْ اشترى شقصاً يملك أن يطالب البائع بالقسمة قبل القبض ، والأصل ان المشتري لايطالب البائع قبل القبض إلاّ بالتسليم .

ويدل عليه : ان المشتري للشقص إذا قاسم مع البائع ليس للشفيع أن ينقضه / إنما لم ينقضها لأنها قبض ألا ترى انه لو كان **١٧١/أ** تصرفاً آخر يبطله .

قالوا : وليس يلزم هبة المشاع فيما لايحتمل القسمة ، لأنه إذا لم يحتمل القسمة فلا قبض فيه أكثر من التخلي به شائعاً إذا لاتتصور فيه الحيازة التي قلناها فسقط ما ورائه وجعل هذا قبضاً تاماً لعذر العجز فيما سواه .

قالوا : ولايلزم البيع الفاسد في الشقص حيث يجب الملك فيه بالتسليم لأن سبب الملك هو العقد في البيع الفاسد ، لأنه بيع وإنما القبض شرط فإذا لم يكن الملك بالقبض لم يُعتبر تمامه ، وفي مسألتنا الملك واقع بالقبض ، لأنه تبرع فاعتبر تمامه .

وقد سلكوا طريقة أخرى فقالوا : لو جوّز الهبة في المشاع الذي يحتمل القسمة يؤدي إلى إيجاب الضمان على المتبرع في عين ما تبرع به وهذا لايجوز .

وعنوا ضمان القسمة وقاسوا على ضمان التسليم .

وحرفهم في هذه الطريقة : أن الهبة عقد تبرع بما ليس عليه فلا يلزمه حق كان ثابتاً له قبل الهبة إلاّ أن يتبرع به باختياره .

قالوا : وليس يلزم هبة النصف من الشركة ، لأن الشيوع عندنا يمنع الملك في الهبة لمعنىً ثم أدير الحكم على الشيوع لا على ذلك المعنى كالسفر يفيد الرخصة لمعنى المشقة ثم يدار الحكم على السفر لا على المشقة .

الجواب :

أما أخبار الصحابة فالمراد من لفظ " الحيازة " هو القبض ، وقد وجد القبض في المشاع .

وقولهم " **إن تمام القبض لم يوجد** " .

لايصح ، بل وُجِدَ تاماً ، لأن القبض شئ حسّي فإذا وُجِدَ لم يتصور نقصانه ولا الزيادة عليه كسائر الأفعال الحسّية .

وهذا لأن القبض حقيقة تحصيل الشئ في يده ، والقسمة إفراز نصيب من نصيب وهما شيئان مختلفان حقيقة فلا يكون أحدهما بمعنى الآخر .

وقولهم " ان القبض حيازة ، والحيازة جمع الأجزاء المفرقة " .

قلنا : بلى ، الحيازة جمع الشئ ، ولكن هو جمع الشئ بتحصيله في يده واحتوائه عليه قبضاً ، فأما إفراز إفراز هذا المقبوض عن شئ آخر فليس من التحصيل من اليد في شئ .

ويقال لهم : من حيث التصور الحسّي إذا باع نصف ثوب من إنسانٍ وسلم الثوب إليه فأنا نعلم قطعاً أن الجزء المشاع قد حصل في يده إلاّ أنه مع جزء آخر لايتميز عنه ، فإذا مُيّر عن ذلك الجزء والقسمة محض إفراز فعلى أيّ وجهٍ ازداد القبض في ذلك الجزء المشائع ؟ وكيف يتصور أن

يكون تمييز مختلطين في يده زيادة في إثبات يده على شئٍ من أجزاء العين ؟ فتبين أن ما قالوه كلام غير معقول .

وأما دليلهم على هذا من هذا الحكم " فليس بشئ " .

أما القسمة قبل القبض إن قلنا تمليك لايجوز ، وإن قلنا محض إفراز جاز ، لأنه ليس في عدم القبض معنىً يمنع من الإفراز .

وأما مسألة الشفعة : فليس ينقض الشفيع كل تصرفٍ يفعله المشتري كالبناء عندنا ، والزراعة عندكم ، وهذا لأنه إنما ينقض من التصرفات ما يمنع حقه ، والقسمة ليست بتصرفٍ يمنع حق الشفيع حتى يبطله الشفيع فيدخل على هذه الطريقة بيع الشقص بيعاً فاسداً فأن عندهم يملك الشقص بالقبض ولو لم يكن تاماً لم يملكه .

وقولهم " ان الملك هناك بالعقد وههنا بالقبض " .

قلنا : وفي الهبة بالعقد ، لأن الهبة إيجاب الملك والموجب للملك عقد إيجاب الملك ، والقبض يكون شرطاً لضعف العقد مثل البيع الفاسد عندهم شرط القبض فيه لإفادة الملك لضعف العقد .

وأما الطريقة الثانية :

قلنا : نقول بطريق المجادلة : أن القسمة باختياره للطلب ، ومتى دخل اختيار مختارٍ على سبب قطع حكم السبب بدليل مسألة فتح القفص على الطائر على أصلهم ، ثم تبطل هذه الطريقة معنى بهبة المشاع من الشريك فإنه لايجوز عندكم وضمان القسمة منتفٍ ، وعذرهم باطل ، لأنه لو كان المعنى ما قالوه وجب أن لاتجوز الهبة في المشاع الذي لايحتمل القسمة ويدور الحكم على الإشاعة ، ويدخل القرض أيضاً على جميع ما يقولونه ، فإن عندهم يصح القرض في المشاع وإن كان تبرعاً .

وصورة الإلزام هي مسألة نصوا عليها ، وذلك إذا دفع ألف درهم إلى إنسان ليكون نصفه قراضاً ونصفه قرضاً .

قالوا : يجوز وهو اثبات القرض في المشاع ، وإذا صح في القرض فتكون الهبة مثله .

ثم الجواب فقهاً : ان الموجب للقسمة هو اختلاط الملكين ليس هو نفس الملك .

فإن قالوا : إن الملك علة الإختلاط فينسب الحكم إلى علة العلة كما ذكروا في مسألة شراء / القريب . **١٧١/ب**

قلنا : نسبة الحكم إلى علة العلة يؤدي إلى مالايتناهي وما من شئ إلا له علة ومالايتناهي يقطع ، وعلى ان المعنى المخيل في وجوب القسمة اختلاط الملكين دون أصل الملك فيحال بالقسمة على الإختلاط لا على ما قالوه . والله أعلم بالصواب .



(مسألة اللقطة)

جهة اللقطة بعد تعريفها سنةً جهة التملك بشرط الضمان حتى يجوز للغني والفقير جميعاً .[1]

وعندهم : جهتها جهة الصدقة حتى يجوز للفقير دون الغني .

قالوا : فإذا تصدق إذا كان غنياً أو استنفق على جهة الصدقة إذا كان فقيراً ثم ظهر المالك خيّره بين الأجر والضمان .[2]

لنـــا :

حديث مالك عن[3] ربيعة[4] عن يزيد[5] مولى المُنْبِعث عن زيد بن خالد الجهني انه قال جاء رجل إلى النبي ﷺ فسأله عن اللقطة فقال : (اعرف

---

(١) المهذب : ١/٥٦١ ، النكت ورقه ١٨٠/أ ، شرح النووي على مسلم : ١٢/٢٨ .

ويه قال أحمد واسحاق بن راهويه ، انظر معالم السنن : ١/٣٢٩ ، شرح السنة للبغوي : ٨/٣١٠ .

(٢) الأسرار : ١/١٨٤/أ (مراد ملا) .

(٣) في المخطوط (ابن) والتصويب من صحيح البخاري ومن موطأ مالك .

(٤) ربيعة بن عبد الرحمن التيمي مولاهم أبو عثمان المدني المعروف بربيعة الرأي واسم أبيه فروخ ، ثقة ، فقيه مشهور ، من الخامسة ، مات سنة ١٣٢هـ ، وقيل سنة ١٤٢هـ .

روى له أصحاب الكتب الستة . انظر التقريب : ص ١٠٢ .

(٥) يزيد مولى المُنْبِعث بضم الميم وسكون النون ، مدني صدوق ، من الثالثة ، روى له أصحاب الستة . انظر التقريب : ص ٣٨٥ .

عفاصها[1] ووكاءها ثم عرفها سنة فإن جاء صاحبها وإلاّ فشأنك بها ، قال : فضالّة الغنم ، قال : هي لك أو لأخيك أو للذئب ... قال : 'الابل ، قال : مالك ولها ، معها سقاءها وحذاءها ترد الماء وتأكل الشجر ، دعها حتى يلقاها ربها) .

وفي رواية (وإلاّ فاستنفقها فإن جاء ربها فأدّها إليه) .

يعني الضمان ، والخبر في الصحيحين .[2]

ويدل عليه : (حديث أبيّ بن كعب انه وجده صُرةً فيها مائة دينار فأمره النبي عليه السلام أن يعرفها ثلاثة أحوال) .

وفي رواية " حولاً " فعرّفها فلم يجد صاحبها فقال : اعرف عددها ووعاءها ووكاءها فإن جاء صاحبها وإلاّ فاستمتع بها) ذكره البخاري في صحيحه .[3]

---

(١) عفاصها : العِفاص : الوعاء الذي تكون فيه النفقة من جلد أو خرقة ، أو غير ذلك .

انظر المصباح المنير مادة (عفص) .

(٢) رواه البخاري في صحيحه : ٨٤/٥ مع الفتح ، باب إذا لم يوجد صاحب اللقطه بعد سنه فهي لمن وجدها .

ومسلم في صحيحه : ٢٠/١٢ مع النووي ، كتاب اللقطة .

ومالك في الموطأ : ١٣٤/٦ مع المنتقى ، باب القضاء في اللقطة .

وأبو داود في سننه : ٣٣١/٢ مع المعالم ، كتاب اللقطة .

والترمذي في سننه : ١٣٦/٦ مع العارضة ، باب ما جاء في اللقطة ، وضالة الأبل والغنم .

وابن ماجه في سننه : ٨٣٧/٢ ، ٨٣٨ ، باب ضاله الابل والغنم .

(٣) انظر صحيح البخاري :٧٨/٥ مع الفتح، باب إذا أخبره رب اللقطة بالعلامة =

وروى عطاء بن يسار أن علياً وجد ديناراً فذكر ذلك للنبي عليه السلام فأمره أن يعرّفه ، فلم يُعرفْ فأمره أن يأكله ثم جاء صاحبه فأمره أن يغرمه) . [1]

والإستدلال بهذه الأخبار ظاهر .

أما الخبر الأول : قال : " فشأنك بها " ، ولم يفصل بين الغني والفقير .

وأما الخبر الثاني : فقد كان أبيّ بن كعب من مياسير أهل المدينة [2] وأكاسرهم قاله الشافعي .

وأما الخبر الثالث : فلأن علياً كان من بني هاشم ، والصدقة محرمة عليهم فلو كانت جهة اللقطة جهة الصدقة لمنعه من أكلها لا أن يُطلق له ذلك .

(=) دفع اليه .

ومسلم في صحيحه : ٢٦/١٢ مع النووي ، كتاب اللقطة .

وأبو داود في سننه : ٣٢٩/٢ مع المعالم ، كتاب اللقطة .

والترمذي في سننه : ١٤١/٦ ، باب ما جاء في اللقطة ، وضالة الإبل والغنم .

وابن ماجة في سننه : ٨٣٨/٢ .

وأحمد في المسند : ١٢٦/٥ ، ١٢٧ ، ١٤٣ .

(١) رواه البيهقي في سننه : ١٨٧/٦ ، كتاب اللقطة .

وأبو داود في سننه : ٣٣٧/٢ ، ٣٣٨ مع المعالم عن عبد الله بن مقسم عن رجل عن أبي سعيد الخدري .

وذكره الخطابي في المعالم : ٣٣١/١ .

(٢) قاله الخطابي في المعالم : ٣٢٩/١ .

قالوا : أما الخبر الأول : فيحتمل أن ذلك وارد في حق الفقير .

وأما الخبر الثاني : فقد كان أبيّ بن كعب من فقراء أصحاب النبي ﷺ ، روى أن أبا طلحة أراد أن يتصدق بحائط له فقال له النبي عليه السلام : (تصدق على فقراء قرابتك أُبي وحسان) .[1]

ويدل عليه : أن في بعض روايات ذلك الحديث ان النبي عليه السلام قال : (أنفقها فإنك ذو حاجة) .

وأما الخبر الثالث : فقد كان عليٌّ فقيراً ، وقولكم (ان الصدقة لاتحل لبني هاشم ، قال : قد كان الصدقة تصوعاً ، وصدقة التصوع تحل لبني هاشم) .

وروى مثل مذهبهم عن علي[2] وابن عباس[3] .

قالوا : وروى عامر[4] عن أبيه[5] عن عبد الله انه اشترى

---

(١) رواه البخاري في صحيحه : ٣٧٩/٥ مع الفتح ، باب إذا وقف وأوصى لأقاربه .
ومسلم في صحيحه : ٨٥/٨ مع النووي ، باب فضل النفقة والصدقة على الأقربين

(٢) انظر سنن البيهقي : ١٨٨/٦ ، الأسرار : ١/١٨٤/ب (مراد ملا) .

(٣) ذكره البغوي في شرح السنة : ٨/ ٣١٠، الأسرار : ١/١٨٤/ب مرادملا .

(٤) عامر بن شقيق بن جمرة الأسدي الكوفي ، لين الحديث ، من السادسة .
وروى له أبو داود والترمذي وابن ماجة . انظر التقريب ص ١٦١ .

(٥) كذا في المخطوط ، وفي شرح معاني الآثار (عن أبي وائل) وهو شقيق ابن سلمة الأسدي أبو وائل الكوفي ، ثقة ، مخضرم ، مات في خلافة عمر ابن عبد العزيز ، وله مائة سنة . روى له أصحاب الكتب الستة ، انظر التقريب ص ١٤٧ .

جارية بسبعمائة درهم فغاب صاحبها فأخرج ابن مسعود ثمنها وجعل يتصدق بها ويقول (اللهم عن صاحبها فإن كره فلي وعليَّ الغرم ، وهكذا يصنع باللقطة) .[١]

وعن ابن عمر انه منع من أكل اللقطة بعد التعريف .[٢]

قالوا : وهذا في الغني ، لأنه جائز للفقير بالإجماع .

الجواب :

أما الخبر الأول : فظاهره عام في الغني والفقير ، ولانه لو كان يختلف الحكم لاستفسره النبي عليه السلام .

وأما حديث أبيّ بن كعب فقد نقلنا عن الشافعي انه كان من مياسير أهل المدينة .

وقد روى في رواية (فاخلطها بمالك) وعلى انه وإن كان فقيراً فلم تكن الإباحة على جهة الصدقة ، لأن عندكم يكره أن يتصدق بنصاب على فقيرٍ واحدٍ دفعة واحدة .

وأما حديث علي فالحجة فيه ظاهرة .

وأما تعلقهم بما رووا عن ابن مسعود فقد روى شعيب[٣] عن أبي قيس قال : سمعت هذيلاً يقول : رأيتُ عبد الله بن مسعود وأتاه رجل بُصرة مختومة فقال : وجدتها ، فقال : عرفها ، قال : عرفتُها فلم أجد مَـــنْ

---

(١) رواه الطحاوي في شرح معاني الآثار : ١٣٩/٤ ، والشافعي في الأم : ٢٩٢/٣ .

(٢) رواه الطحاوي في شرح معاني الآثار : ١٣٩/٤ ، ولفظه " أن رجلاً سأل ابن عمر فقال : إني أصبتُ ناقة ، فقال : عرّفها ، فقال : عرفتُها فلم تعرف ، فقال : ادفعها الى الوالي .

(٣) كذا في المخطوط ، وفي سنن البيهقي (شعبة) : ١٨٧/٦ .

وقيعرفها ، قال : استمتع بها) . [١]

وهذه الرواية أشهر من تلك الرواية ، وعلى أنهم لايقولون بتلك الرواية ، لأنهم لايأمرون المشتري بالتصدق بالثمن عن البائع عند غيبته . د روى مثل مذهبنا عن عمر [٢] وعائشة [٣] وعمر [٤] أيضاً .

هذا وجه الكلام من حيث الأخبار في هذه المسألة ذكرتُه على الإختصار وهي معتمدة .

وأما المعنى / فنقول : ١٧٢/أ

مَنْ جاز له الإلتقاط جاز له إنفاقها بعد التعريف .

دليله : الفقير .

وفقه المسألة : ان اللقطة مال للغائب في يده وحق الغائب في ماله هو الحفظ ، والحفظ له طريقان :

إمساك عن المال ، أو التملك بشرط الضمان ليصير ملكه محفوظاً له مثله في ذمته فثبت حفظ معنى المال وإن فات حفظ عين المال .

فهذا حق الغائب في ماله فيخيّر بينهما بولاية الشرع .

فأما التصدق فيتضمن تفويت حقه ، لأن الصدقة ليست بجهة الضمان ، ومتى دخل الضمان في الصدقة تخرج من جهة الصدقة فأدى ما قالوه إلى تفويت حق الغائب وذلك لايجوز .

---

(١) رواه البيهقي في سننه : ١٨٧/٦ ، ١٨٨ .
والشافعي في الأم : ٢٩٢/٣ . وفيه (دخل عليّ ابن قيس قال : سمعت هذيلاً ...)

(٢و٣) ذكرهما البغوي في شرح السنة : ٨/ ٣١٠ .

(٤) كذا في المخطوط ولعله (ابن عمر) .

وأما حجتهم :

قالوا : مَنْ لاتحل له الصدقة لاتحل له اللقطة .

دليله : غنى آخرا إذا أعطاه لابجهة الصدقة .

وأما فقههم في المسألة هو : ان النظر للمالك واجب وجهة الصدقة أجمع للنظر وأنفع للمالك من جهة التملك ، لأن كل النظر في ايصال اللقطة الى مالكها ولا وصول في التملك بجهة الضمان أصلاً .

وأما الصدقة ففيها إيصال اللقطة إلى مالكها معنىً وإن فات عيناً ، فإن جهة الصدقة جهة الأجر ، ومتى وصل الأجر إلى المالك فقد وجد وصول المال إلى مالكه معنىً وإن لم يصل عيناً .

يبينه : ان هذه الجهة أقرب إلى رضا المالك من الجهة التي قلتم ، لأن المالك إذا طلب بينة ولم توجد والظاهر انه لايوجد من بعد فيكون الأقرب إلى رضاه هو التصدق عنه فإن الإنسان يطلب وصول عين ماله إليه ، فإذا عرف انه لايصل يطلب وصول أجره إليه حتى لايفوته الكل .

وأما التملك بالضمان فيبعد عن رضاه ، لأن رضاه هو بالإمساك عين ماله عليه أو لوصول أجر من هذه الجهة إليه فأما بأن يجعل عين ماله ديناً في ذمته وذمة إنسان فلا غرض له في ذلك .

قالوا : وأما قولكم " إن الأصل حفظ مال الغائب عليه " قال : بلى ، ولكن قد جاز ههنا غير الحفظ فإن الحفظ غير معين وكان ينبغي على ما قلتم ان لايجوز إلاّ الحفظ ومع ذلك جاز غيره بنوع نظر للمالك فعندكم التملك بالضمان ، وعندنا : بالتصدق ، فينظر إلى أن النظر للمالك في أيّهما أكثر فيقدمه ويعمل عليه وقد وجدنا ان النظر في التصدق أكثر وأجمع فيكون أولى على ما سبق بيانه .

قالوا : وأما قولكم " إن جهة التصدق ليست بجهة الضمان " .

قال : بلى : ولكن عدلنا في هذا الأصل في هذا الموضع نظراً للمالك ، لأن النظر للمالك لايكون إلاّ بجهة الصدقة وفي إثباتها بلا ضمان على المتصدق إضرار بالمالك ، لأنه ربما لايرغب في الصدقة ، فقلنا : إن الصدقة تقع منجزة في الحال حتى يملك المتصدق عليه ، وفي حق المالك تكون موقوفة حتى أن أجاز تقع عنه وإن لم يجز تقع عن الملتقط ويكون له ضمان ماله .

فهذا غاية ما يمكن إثباته على جهة النظر .

وأما التملك بالضمان ففيه نظر من وجهٍ لا من وجهٍ وكان ما قلناه أولى .

الجواب :

أما التحرير : فليس بشئ ، لأن أمر اللقطة غير ، وأمر الصدقة غير ، فيجوز أن لايتفق محلها .

أما الفقه الذي قالوه :

قلنا : لو كان في الصدقة إيصال اللقطة إلى مالكها وجب أن يتعين ذلك ولايجوز الإمساك أصلاً ، لأن في التصدق إيصال ، وفي الحفظ ترك الإيصال فوجب أن لايجوز ترك الإيصال مع إمكان الإيصال .

قالوا : بلى فيه إيصال معنىً لاعيناً ويجوز الإمساك ليتوصل إليه عيناً.

قلنا : الإيصال في الحال لايجوز تركه لامرٍ موهومٍ ، ثم نقول إيصال الأجر على الوجه الذي قلتم إنما يوجد إذا وقعت الصدقة عن مالك اللقطة ، ومن أين قلتم تقع الصدقة عن مالكها ولا ولاية للملتقط عليه ؟ .

فإن قالوا : يثبت ذلك بولاية الشرع .

قلنا : وأين تولية الشرع إياه ذلك ؟.

فإن قالوا : أين تولية الشرع إياه في التملك الذي قلتم ؟ .

قلنا : التملك بالضمان في مال الغير فقد وجدنا له نظيراً في الشرع وهو التملك بالشفعة ، والتملك بالإستيلاد والتملك من المضطر إلى طعام الغير.

فأما ولاية التصدق بمال الغير عن الغير فلا نظير له أصلاً ، ولأنه لايخلو : إما أن يكون الصدقة من الملتقط أو صاحب اللقطة ، فإن كان من الملتقط بطل الوصول الذي قالوه ، وإن كان من صاحب اللقطة فينبغي ألا يجب الضمان ، لأن التصدق بشرط الضمان لايجوز بحال .

وقولهم " إنا فعلنا ذلك بخلاف القياس "[1] لأنه بجهة النظر .

قلنا : قد بينا انه لانظر فيما قالوه / وإنما النظر **١٧٢/ب** فيما قلناه وعلى أنا لايجوز ارتكاب ما يخالف أصول الشرع لتوهم نظر، فإن النظر كله فيما وافق أصول الشرع لافيما يخالفها .

وأما قولهم : " ينبغي أن يتعين الإمساك ولايجوز التملك أصلاً كما في الوديعة للغائب " .

قلنا : إنما جاز التملك ليكون ترغيباً من الشرع في أخذ الأموال الضائعة ، فإن اللقطة على الطريق مالٍ ضائع ، وهي عرضة للأيدي

---

(١) قال في الأسرار : وكان القياس أن يضمن إذا تصدق بمال الغير بغير إذنٍ ولاتنفذ الصدقة فصار النفاذ بخلاف القياس لأن النظر فيه فصار ولياً في حق النفاذ ... " أهـ ١/١٨٥/أ (مراد ملا) .

ويصل إليها الطالح والصالح ، وأخذها إلتزام عهدة فربما يصل إليها صالح فلا يرغب في أخذها لما فيه من إلتزام عهدة ثقيلة فإذا لم يأخذه وتركها وصل إليها طالح فاسق فيأخذها ويفوز بها ويهلك مال هذا الإنسان عليه فالشرع أثبت للملتقط ولاية التملك بالضمان ترغيباً له في أخذها ليكون له شبه الجعل على هذه الحسنة ، وهذا لايوجد في الوديعة ، لأنه قد التزم حفظها بلا شئ وادخل نفسه في عهدتها باختياره فلا حاجة في ترغيب وتطبيعٍ .

فإن قالوا : المثوبة كافية للترغيب في الأخذ " .

قلنا : ليس بكافٍ بل لابد من نفع عاجل لينضم إلى الثواب الآجـــــل

فيرغب في الأخذ ، وهذا كردّ الآبق على أصلكم هو نوع حسنة وفيه ثواب عظيم ولكن لم يكتف به ، بل أوجبتم الجعل له لينضم النفع العاجل الى الثواب الآجل فيرغب في الرد .

فإن قالوا : عندكم لايجب له الجعل برد الآبق ، فلا يستقيم هذا الحال على أصلكم .

قلنا : نحن اعتمدنا على الأخبار في المسألة ثم وجدنا ما تضمنه الخبر منقاساً على معاني الشرع ، فقلنا بذلك ، وقدمناه على ما سواه .

وأما الذي قلتم فهو محض قياس على خلاف أصول الشرع فوجب تركه وطرحه .

والله أعلم بالصواب .

(مسألة)

الصبي إذا أسلم لايصح إسلامه وإن عقل عقل مثله .[1]

وعندهم : يصح إسلامه .[2]

وقال بعض أصحابنا[3] : يصح إسلامه في أحكام الدنيا ، وليس بشئ .

فنقدم أولاً طريقة جدلية ، ونتكلم أن لايحكم بإسلامه مثل ما يحكم بإسلام البالغ إذا أتى بالشهادتين فنقول :

لم يعرف إسلامه فلا يحكم بإسلامه .

دليله : سائر الكفار ، وإنما قلنا لم نعرف إسلامه ، لأن الاعتقاد لابد منه في الإسلام بل هو الأصل ، ونحن وإن سمعنا الشهادتين من الصبي فلا نعرف اعتقاده ، وإذا لم نعرف إعتقاده لم نعرف إسلامه .

---

(١) الأم : ٢٠٢/٤ ، المهذب : ٣٠٧/٢، وقال الشيرازي (في ظاهر المذهب) ، النكت ورقه ١٨١/ب ، الحاوي : ٤٦/٨ .
وقال في الحاوي : " وهو الظاهر من مذهب الشافعي " .
وأورد هذه المسألة الشيرازي في نكته في كتاب اللقيط " .
وقال في المهذب " وإن وصف الإسلام صبي عاقل من أولاد الكفار لم يصح إسلامه على ظاهر المذهب " .
فمن هذا يظهر ان المقصود بالمسألة فيما إذا أسلم وابواه كافرين .

(٢) وهو الوجه الثاني عند الشافعية ، انظر : المهذب : ٣٠٧/٢ ، الحاوي : ٤٦/٨ .
مختصر الطحاوي ص ٢٦٠ ، البدائع : ٤٣١٥/٩ ، رؤوس المسائل ص ٣٥٩ ، إيثار الانصاف في آثار الخلاف ص ٢٤٥ .

(٣) المهذب : ٣٠٧/٢ .

فإن قالوا : **نعلم اعتقاده بإخباره** " .

قلنا : خبره محتمل والمحتمل لايكون حجة فيجوز انه أخبر عن اعتقاده ولايعتقد .

قالوا : مجرد الإخبار يكفي ويحكم بوجود الإعتقاد كالبالغ ، ولأنه إذا لم يعرف اعتقاده إلاّ من قبله وجب أن يقبل خبره عن اعتقاده ، وهذا كَمَنْ يعلق طلاق إمرأته بطهرها أو بحيضها فأخبرت .

والجواب :

أن الأصل أن الخبر المحتمل لايكون حجة في وجود الشئ إلاّ بدليل .

ودليل الشرع قد اتصل بخبر البالغ ولم يتصل بخبر الصبي ، وذلك لأن البالغ مخاطب بالإسلام واجب عليه ذلك وإذا لم يقبل خبره تعذر عليه الإسلام ، ولايجوز أن يخطاب الله عبد بشئ ولاسبيل له إلى الوصول إليه فألجأتنا الضرورة إلى قبول خبره ولايوجد مثل هذا في الصبي ، لأنه غير مخاطب بالإسلام فرجعنا إلى الأصل الذي عرفناه وهو أن الخبر المحتمل لايكون حجة في وجود الأشياء وإذا لم يعرف وجود الإعتقاد لم يحكم بالإسلام .

وكذلك في مسألة تعليق الطلاق بالحيض والطهر قام دليل الشرع على قبول قولها ، ودليل الشرع قوله تعالى (**وَلَا يَحِلُّ لَهُنَّ أَنْ يَكْتُمْنَ مَا خَلَقَ اللَّهُ فِي أَرْحَامِهِنَّ**) . [1]

قيل : هو الحيض والحبل ، والنهي عن الكتمان أمر بالإظهار ، والأمر بالإظهار أمر بالقبول ، وهذه طريقة جدلية حسنة مغنية لمن اكتفى بها واقتصر عليها .

---

(١) سورة البقرة آية (٢٢٨) .

وإن زعموا أن أصل الإسلام واجب على الصبي " .

نستدل على فساد هذه المقالة من بعد .

وأما المعتمد من طريق التحقيق نقول :

لو حكمنا بصحة اسلامه لحكمنا به بناءً على وجوده ولو حكمنا بوجوده حكمنا بناءً على عقله وعقله ناقص ولا وصول بالعقل الناقص إلى الإسلام .

فإن قالوا : لِمَ ؟

قلنا : لأن العَقل آلة ، والإسلام أكمل العقود فلا يوصل بالآلة الناقصة إلى العقد الكامل ، لأن الوصول إلى الأشياء بقدر الآلآت ، وبهذا الطريق لم يخاطب الصبيان ، لأن عقولهم لما انتقصت وحالة الخطاب أكمل الأحوال ، لأن شرف الآدمي وكمال حاله بخطاب الشرع فلم يصل الصبي إلى هذا الكمال بعقل ناقص فكذلك لايصل [1] هذا العقد الكامل بعقل ناقص .

وخرج على هذا النسوان اللاتي الشرع / اعرض عن نقصان **١٧٣/أ** عقولهن إلاّ في شئ مخصوص بدليل الخطاب ، ولأنه لاحالة لهن فوق تلك الحالة بخلاف الصبي فإن له حالة منتظرة في الكمال ، وذلك عند البلوغ فيجوز أن ينتظر ، وهذا كله لحقيقة وعليه الإعتماد في الفقه ، وذلك لأن دين الحق ذو شبهات كثيرة وشعب في الإشكال عظيمة وقد تحير فيه الأمم بأسرها وإلى أن يصل الواحد بعد الواحد إليه فقد ضَلّ عنه الألوف وخاب سعيُهم وتردّوا في المهاوي والمهالك التي لامنتهى لها

---

(١) في المخطوط الكلمة مطموسة ، ولعل المعنى ما أثبتناه .

وهذا الأمر لايخفى على أحدٍ ، وإذا كان كذلك فلا ينال إلاّ بنظرٍ كاملٍ ولايوجد النظر الكامل إلاّ بعقلٍ كاملٍ ، فإذا لم يكمل العقل لم يكمل النظر ، وإذا لم يكمل النظر لم تنحل الشبهة ولا إسلام إلاّ بعد إنحلال الشبهة فصار الإسلام غير موجود من الصبيان أصلاً على هذا الوجه ومالاوجود له لاصحة له .

فإن قالوا : ان الكلام في صبي يُسلم عن عقيدة صحيحة وشبهة منحلة ويعرف ذلك بذكره الدلائل وإقامة الحجج وسبره البراهين ، ورُبّ صبي يُربى في ذلك على كثير من البالغين .

قلنا : الشبه لايكون إنحلالها بذكر الحجج وإقامة البراهين ، وكم من محاجٍّ مجادلٍ قد بلغ الغاية والشبه في صدره قائمة ، وإنما انحلال الشبه بكمال النظر الذي بيناه ، وكمال النظر بكمال العقل .

يبينه : انه إذا كان إنحلال الشبه أمراً في الباطن لايوقف عليه فمدار وجوده على السبب الظاهر ، وذلك وجود كمال العقل فإذا وجد ذلك يحكم بإنحلال الشبه ، وهذا لأن مالايوصل إليه من الأمور الباطنة ساقط عن العباد ويصير الحكم دائراً على الظاهر المعروف ، وهذا تكثر نظائره ، وهو صحيح عند مَنْ تأمل فيه ، ولهذا الأصل حكمنا بصحة إسلام العوام وصححناه حقيقة ، وهذه طريقة معتمدة ، وهو الكلام في حرف المسألة .

وللاصحاب كلام كثير ، ولم أر الإعتماد عليها ، لأن عامته تعلق بالأحكام أو بمعاني ضعيفة ولم يظفروا بحقيقة المسألة وقد تحرّوا الحق بجَهدهم وبجُهدهم ، والله تعالى يشكر سعيهم ، ولكل زمان مقال ، ولكل مقال رجال ، ومَنْ عرف الحق عرف أهله .

وقد تعلق عامة المشايخ بفصل الوجوب وقالوا : مَنْ لايجب عليه الإسلام لايصح منه الإسلام ، وهذا لأنه لو صح لوجب ، ونقول لو صح منه لم يكن إلاّ واجباً ، لأن الإسلام يتنوع إلى نفلٍ وفرضٍ بل لايكون إلاّ واجباً ولاوجوب إلاّ بخطاب الشرع وخطاب الشرع عنه ساقط فانتفى الوجوب وإذا انتفى الوجوب انتفت الصحة .

فإن قالوا : إنه واجب عليه بالعقل ، فطريق إبطاله بالكتاب والسنة يسهل ، ويقال أيضاً : إن الإسلام ذو لوازم عظيمة ومشاق شديدة والطبع عنه نافرة ، والنفس متأبية لقبوله ، والمقصود من الخطاب بالإسلام وجود الإسلام من العباد ، لأن الرب عزّ اسمه منزه مقدس عن الحظ ولايوجد الإسلام إلاّ بتوفر الدواعي إليه حتى إذا توفرت الدواعي إليه ألتزمه بلوازمها وكُلفها ومشاقها مثل سائر الأشياء التي يتوفر الدواعي إليها ، ولايوجد توفر الدواعي إلاّ بانضمام الخطاب إلى العقل ولهذا الطريق وَرَدَ الترغيب والترهيب والوعد والوعيد ، وبُعثت الرسل وأنزلت الكتب ولم يقتصر الشرع على العقل المجرد ولو وجب بالعقل المجرد لاكتفى به الشرع ، لأن الزيادة على ما يقع به الإكتفاء سمج في العقول .

فإن قالوا : يرد السمع مؤكداً لما في العقول .

قلنا : المويّد لا نهاية له ، والألطاف لاغاية لها ، ومالانهاية له نقطع نهايته في بدايته ، فصار عدم إكتفاء الشرع بالعقل دليلاً قاطعاً على أن الإسلام عقد شرعي ولا صحة له إلاّ بإيصال الخطاب له ، والخطاب ساقط عن الصبيان بدليل قوله عليه الصلاة والسلام (رفع

القلم عن ثلاثة .....)[1] الخبر .

وقد قال أبو زيد :[2]

الوجوب ثابت في حق الصبيان لكن خطاب الأداء تأخر بعذر الصبا ،[3] ولم يذكر ان الوجوب بالعقل لكن قال : وجب بوجود دلائل الإيمان ووجوب العبادات بأسبابها فوجوب الصلاة بدخول الوقت ، ووجوب الزكاة بملك المـــال ،

ووجوب الصوم بوجود الشهر إلى غير هذا من الأسباب .

كذلك وجوب الإيمان بسبب دلائله ، وذلك عام في حق الكل .

يبينه : انه بعد وجود السبب لا يعتبر إلاَّ وجود المحل ، ومحل الوجود موجود ، وقد وجد في حق الصبي مثل وجوده في / حق **١٧٣/ب** البالغ ، لأن الصبي ذمة قابلة للوجوب بدليل العشر وصدقة الفطر وسائر الغرامات .

قال : وأما تأخر خطاب الأداء بعذر الصبا كتأخر خطاب الصوم في حق المسافر بعذر السفر ، ويجوز تأخر الخطاب بعذر كما في حق النائم والمغمى عليه ، وكذلك مَنْ أراد الإسلام إذا أكره أن لايسلم ، يجوز له تأخير الشهادتين بعذر الإكراه ، وإذا كان الوجوب في حقه حاصلاً وتأخر خطاب الأداء فإذا أتى به كان بصفة الواجب مثل المسافر إذا صام ، وكذلك العبد إذا حضر الجمعة .

---

(١) تقدم تخريجه في : ١٨٧/٢ (من الإصطلام) .

(٢) انظر كتاب المناسك من الأسرار ص ٧٢ ، ٧٣ بتحقيقنا .

(٣) في المخطوط (الصبي) والتصويب من المحقق .

وهذا ليس بشئ ، وهو هرب من الزحف لا إلى فئةٍ .

وقد احترز من مذهب الإعتزال بترك التصريح بالإيجاب عقلاً ، وجاء بما لم يقله أحد ، وارتكب ما لم يسبق إليه ، فإن الوجوب إمّا بالسمع وإمّا بالعقل ، وعليه إجماع الأمة قاطبة .

وأما نصب الجبال وخلق الأرض ورفع السماء وسائر ما خلق الله تعالى لايكون موجباً لشئ .

نعم ، يجوز أن يكون دليلاً عند النظر إلى أداء واجب ، وإذا صرنا إلى ما قالوه لزمنا إيجاب الإسلام وسائر العبادات على الأطفال والمجانين ، وهذا مردود بالإجماع مُستهجن مُستقْبحٌ في العقول .

والحرف : ان الإيجاب ليس إلاّ خطاب الأداء ، وخطاب الأداء ليس إلاّ الإيجاب ولايتصوّر فرق بينهما بحالٍ .

والذي قالوا : ان بعذر الصبي يتأخر خطاب الأداء .

قلنا : فقولوا يتأخر خطاب الوجوب أيضاً .

وإن قالوا : لاخطاب في الوجوب .

قلنا : الوجوب لايتصوّر إلاّ من مُوجَبٍ عليه ، كما لايتصور الخطاب إلاّ من مخاطب .

وأما مسألة المسافر فنحن نقول : إن خطاب الوجوب متوجه عليه لكن بعذر السفر يرخص له في تأخير الأداء ولا رخصة في تأخير الإسلام لأحدٍ .

وفي النائم والمغمى عليه نقول : لاخطاب في حال النوم والإغماء .

وأما مسألة الإكراه ، فهناك لايجوز بعذرٍ ما تأخير الإعتقاد وإنما يرخص له تأخير الشهادتين ، مثل ما يرخص له في إجراء كلمة الكفر على لسانه بشرط طمأنينه القلب على الإيمان .

وقد قال بعض مشايخهم :

إنا نقول إن الإيمان غير واجب على الصبي لكن إثباته يوصف الفرضية ، لأنه لايتصوّر انفصاله عنه مثل ما يقولون إذا حكم له بالإسلام تبعاً لأبويه يكون بوصف الفرضية .

ونحن نقول : إذا لم يتصوّر انفصاله عن صفة الفرضية ، وليس الصبي من أهل أداء الفرض ، فوجب ألاّ يصح إسلامه أصلاً .

وأما إذا حكمنا بإسلامه تبعاً لأبويه ، فالإسلام معقول من الأب ، وهو فرض عليه ، وإنما جعلنا الصبي مسلماً تبعاً له والتبع لا حكم له بنفسه .

وفي مسألتنا قد صح إسلام الصبي عندكم مستقل بنفسه بصفة الفرضية ولافرضية في حقه فلا إسلام .

فإن قالوا : عندكم يكون الصبي من أهل حصول الفرض له بدليل أنه إذا صلى في أول الوقت ثم بلغ في آخره يكون مؤدياً للفرض حتى لايؤمر باعادة الصلاة بخلاف ما لو لم يكن صلى يجب عليه فعل الصلاة ، ولأن عندكم هو من أهل فرض الزكاة فهلا جعلتموه من أهل فرض الإسلام .

قلنا : أما المسألة الأولى فنحن نقول : فعل الصلاة في أول الوقت يتبع الوجوب في آخره ، لأنه قد أدّى وصلى وظيفة الوقت مرةً فلا تُثنى عليه الوظيفة ، لأن الوقت الواحد لايكون له إلاّ وظيفة واحدة ، ولانقول انقلب فرضاً.

وأما الزكاة فقد وجبت بدليل على الصبيان ، وفي مسألتنا لاوجوب ، بدليل ما بينا فلا صحة ، لأن الصحة لاتنفك عن هذا الوصف فإذا فات الوصف فات الموصوف وهذه طريقة حسنة بهذا التقدير الذي قلناه ، لكن

الإعتماد على الطريقة الأولى ، وهي حقيقة المسألة وسرها .

وأما حجتهم :

تعقلوا أولاً :

بإسلام علي رضي الله عنه فإن النبي ص دعاه إلى الإسلام وهو صبي ، وأسلم ، وحكم بصحة إسلامه حتى أجمعت الأمة في السابقين إلى الإسلام فعينّوا من الرجال أبا بكر ، ومن النساء خديجة ، ومن الصبيان علياً ومن العبيد بلالاً ، وإذا صح إسلام علي وهو صبي صح إسلام غيره من الصبيان ، ويكون هو قدوة لهم مثل أبي بكر في الرجال وخديجة في النساء وبلال في العبيد ، وقد افتخر علي رضي الله عنه بإسلامه وهو صبي فقال :

سبقتُكم إلى الإسلام طُراً غلاماً ما بلغتُ أوان حُلمي

ذكره ابن داود [١] في كتاب الزهرة [٢] ونسبه إلى علي وهو ثبت فيما ينقله من الشعر .

وأما المعنى :

قالوا : خبر/ صحيح عن اعتقاد صحيح ، فيصح منه كالبالغ وإنما **١٧٤/أ**

قلنا انه خبر صحيح ، لأنه يخبر عن التوحيد بشرائطه ولاشك إنه خبر صحيح .

---

(١) في المخطوط (أبو داود) والتصويب من كتاب الزهرة .

(٢) انظر كتاب الزهرة : ٦٤٨/٢ ، وصاحب الكتاب هو محمد بن داود الأصبهاني .

انظر ديوان علي ص ٦٣ (طبعة بولاق) .

وقولنا : انه عن اعتقادٍ صحيحٍ لأن اعتقاد الوحدانية صحيح عن كل ما يوجد منه .

والدليل على وجوده منه انه أهل الإعتقاد بعقله وتمييزه ، ألا ترى انه أهل اعتقاد سائر الأشياء ، يكون أهل هذا الإعتقاد .

يبينه : ان أهلية الشئ للإنسان بوجوده منه مثل سائر الأشياء المحسوسة يكون الإنسان أهلاً لها بوجودها منه .

معتمدهم : أن الإسلام وجد منه فحكم له بالصحة ، لأن الصحة لاتنفصل عن وجود الإسلام ، وليس كالأيمان في وقت اليأس ، لأن الإسلام لم يوجد ، فإن الإسلام المطلوب من العباد هو الإيمان بالغيب بدليل قوله تعالى (**يُؤْمِنُونَ بِالغَيْبِ** ...) [1] فإذا لم يكن بالغيب لم يكن إيماناً ، ويكون مثل إيمان فرعون لعنه الله .

وربما يقولون : " ان الإيمان عقد لايحتمل خلافه ولا يتصوّر تبديله ونسخه فمتى وجد من الشخص فهو الإيمان المشروع لأنه شئ واحد لاتتبدل صفته ولاتتغير حقيقته .

ثم الدليل على الوجود أن الإيمان إقرار واعتقاد ،والإقرار قد سمعنا منه والإعتقاد قد أخبر به ، وهو أهل كل واحد منهما على ما سبق فصار إيمانه وإيمان البالغ سواء بلا فضل ولا فرقان .

يبينه : انه لما صح إخباره واعتقاده في سائر الموجودات ففي الموجود الأول ومُوجد الموجودات أولى .

---

(١) سورة البقرة آية (٣) .

وقد قال أبو زيد :

الإيمان فرض دائم لايحتمل خلافه وقد وُجِدَ من الصبي فلو لم يصح شرعاً لكان يعذر الصبي ، والإسلام لايسقط بعذرٍ ولايؤثر فيه حكم ما " .

وقال أيضاً : لو لم يؤثر لكان لحجر الصبا ، والإسلام لايدخل تحت الحجر بخلاف سائر العقود .

قالوا : وخرج على هذا سائر العقود ، لأنه تؤثر فيها الأعذار فيدخل تحت الحجر .

وربما يقولون : ما من عقدٍ إلاّ ويحتمل خلافه فيجوز أن يوجد من الإنسان ولاتثبت له حكم الصحة بخلاف مسألتنا على ما سبق .

واعتمدوا في التعلق بالأحكام الشرعيات التي تصح مثل الصلاة ، والصوم ، والحج ، وغيرها .

يبينه : انه إنما صحت هذه العقود منه نظراً له ، ولا نظر فوق نظر يثبت له بصحة الإسلام منه فحرروا وقالوا : منفعة محضة لايشوبه مضرة فصح من الصبي .

دليله : ما بينّا .

يبينه : ان الحجر يثبت على الصبي نظراً له ومرحمة ولا نظر في منع صحة الإسلام له .

قالوا : ولايجوز أن يقال : إن الصبي قد صح إسلامه تبعاً لأبويه فلا يصح منه إسلامه بنفسه ، لأنه إذا كان تبعاً لايكون أصلاً أو كان مولياً عليه لايكون ولياً بنفسه .

وقد منع بعضهم : صحة إسلامه تبعاً لأبويه إذا صار بحيث يصح إسلامه

بنفسه .

ومذهبهم التسليم ، واعتذروا عنه وقالوا : إنما صح إسلامه تبعاً ، ويجوز أن يكون الشئ تبعاً لغيره من وجه ويكون أصلاً بنفسه من وجه كالجنين تبعاً للأم في العتق ويكون أصلاً بنفسه فيه أيضاً حتى لو أُفرد بالعتق جاز .

وهذا لأنا إنما صححنا إسلامه بنفسه نظراً له وقد كنا نظرنا له بإثبات السلامة تبعاً لأبويه فلم يقتض إثبات نظر له من بعد اسقاط نظر سبق إثباته من قبل فقلنا يصح إسلامه بنفسه ويصير مسلماً تبعاً لأبويه ليثبت له النظر من الوجهين ، وهذا كما انه إذا قَبِلَ الهبة بنفسه يصح ، ولو قَبِلَ عنه أبوه يصح فثبت المنفعة له من وجهين ، كذلك هاهنا .

قالوا : وأما قولكم يصير مولياً عليه في الإسلام فلا يكون ولياً بنفسه " .

لا نقول انه مولى عليه في الإسلام ، لأن حقيقة الولاية من الولي أن يكون العقد من الولي للمولى عليه ، والأب لايُسْلِم عن الصغير ، وإنما يباشر الإسلام لنفسه ثم يصير الولد مسلماً تبعاً .

وعلى الجملة يسلمون كونه تبعاً للأب في الإسلام ، لكن لايسلمون ثبوت الولاية عليه فيه ، وكلامهم على التبع ما سبق .

قالوا : وقد خرج على ما ذكرنا الطلاق والعتاق والأقارير وسائر عقود المعاملات ، لأن هذه العقود عقود ضرر . والصبا ينفي الضرر ، لأنه سب للنظر والمرحمة .

قالوا : وإما الردة إنما صحت منه وإن كانت محض ضرر ، لأنه لايمكن الحكم بنفيها ، وذلك لأن الردة أمر يدور على الإعتقاد فمتى

اعتقد خلاف التوحيد لم يتصوّر الحكم ببقاء التوحيد لأن الشئ لايبقى مع ضده ، ولأن الإعتقاد فعل القلب والصبي والبالغ في الأفعال واحد ، بدليل الأوقات فإذا وجد منه اعتقاد الكفر لم يمكن نفيه عنه وإثبات ضده .

وأما سائر العقود من الطلاق والعتاق / والأقارير فهي عقود **١٧٤/ب** من حيث القول فيمكن نفيها شرعاً والصبا عذر فتنتفي به .

الجواب :

أما تعلقهم بإسلام علي رضي الله عنه فقد ذكر أحمد بن حنبل في فضائل الصحابة ان علياً أسلم وهو ابن خمسة عشر سنة .[(١)]

وفي صحيح مسلم[(٢)] بن الحجاج ان النبي عليه السلام (مكث بمكة خمس[(٣)] عشر سنة كان في سبع منها يسمع الصوت ، ويرى الضوء ، وفي ثمان أوحي إليه) .

---

(١) انظر فضائل الصحابة : ٥٨٩/٢ رقم (١٩٨) .
وأخرجه عبد الرزاق في مصنفه : ٢٢٦/١١ .
والحاكم في المستدرك : ١١١/٣ .
وابن عبد البر في الإستيعاب : ٣٠/٣ .
وخليفة بن خياط في تاريخه ص ١٩٩ . كلهم من طريق عبد الرزاق .

(٢) صحيح مسلم : ١٠٤/١٥ ، مع النووي ، باب قدر عمره ص وإقامته بمكة والمدينة.
قال النووي في شرحه :" قال القاضي : أي صوت الهاتف به من الملائكة ويرى الضوء أي : نور الملائكة ونور آيات الله تعالى حتى رأى الملك بعينه وشافهه بوحي الله تعالى ... " أهـ .

(٣) في المخطوط (خمسة) والتصويب من صحيح مسلم .

وقد أسلم علي رضي الله عنه في أول زمان الوحي وزمان الوحي ثمانية عشر سنة .

وعلى هذه الرواية ثمان بمكة وعشر بالمدينة ، وعاش بعد النبي عليه السلام ثلاثين سنة ، وَقُتِلَ وهو ابن ثلاث وستون سنة فيكون قد أسلم وهو ابن خمسة عشر سنة قطعاً .

والشعر الذي ذكروه شعر لين ضعيف ولايثبت عن علي ذلك .[١]

وإن سلمنا انه رضي الله عنه أسلم وهو صبي ، ولعلالتسليم أولى فنقول : يجوز أن يكون مخصوصاً بذلك ، مثل ما خصّ سعد بن معاذ باهتزاز العرش له ، وخصّ خزيمة بن ثابت بكونه ذا شهادتين ، وحنضلة بن أبي عامر بغسيل الملائكة له إلى أمثال هذا .

ويجوز أيضاً أن النبي عليه الصلاة والسلام دعاه إلى الإسلام ليتخلق بأخلاق المسلمين لاأنه كان إسلاماً صحيحاً منه .

وأما المعنى الذي قالوه : فاعلم أن مدار المسألة على هذا الحرف وهو أن الإسلام هل وُجِدَ منه أم لا ؟ .

فعندنا : لم يوجد .

وعندهم : وُجِدَ .

وقد دللنا انه لم يوجد .

فإن قالوا : كيف يقع الإختلاف في وجود الأشياء ، ومتى يتصوّر إختلاف العقلاء في الشئ هل وجد أم لا ؟ .

والجواب :

انه إذا تصوّر الإختلاف ثبت الإختلاف ، وقد بينّا انه تصوّر الإختلاف

---

(١) ذكر ذلك الشيرازي في نكته ورقه ١٨١/ب .

ذلك باعتبار الإعتقاد على ما سبق .

يبينه : أن الإسلام عقد شرعي والعقد الشرعي تصوّر وجوده باتصال الشرع به ، واتصال الشرع بالإسلام بوجود خطاب الشرع بالإسلام ولم يوجد خطاب الشرع في إسلام الصبي ، لأنه غير مأمور به ، وإذا فات اتصال خطاب الشرع به فات العقد شرعاً وهو نظير سائر العقود الشرعية ، وبهذا بخلاف الأفعال الحسيّة ، لأن صحتها بوجودها ولم يتصور فيها الإختلاف .

والحرف : انه إذا كان الوجود بالشرع يجوز أن يقع الإختلاف في وجود الشرع ، وقد سبق الجواب عن كل ما ذكره من المعنى .

وقولهم : " ان للصبي عذر وسبب الحجر ، والإسلام لاتؤثر فيه الأعذار. ولايدخل تحت الحجر " .

قلنا : بلى ، ولكن لايتصوّر ابتداؤه إلاّ بعد اتصال الشرع به ولم يوجد ، وأيضاً بينا انه من حيث المحسوس لم يوجد لفوات الإعتقاد .

والكلام في تأثير العذر والحجر عنه يكون بعد الوجود .

وأما الصلاة والصوم والحج فقد اتصل بها الشرع وهو قوله عليه الصلاة والسلام (مروهم بالصلاة وهم أبناء سبع ....) [1] الخبر .

وأيضاً فإن الصلاة أفعال حسيّة ، وهي أفعال الجوارح الظاهرة ولايحتاج من عمل الباطن إلاّ النيّة ، وأصل العقل كافٍ بمجرد النيّة ، لأنه مجرد عزيمة ، والعزم على فعل الشئ يكفي فيه أصل العقل .

فأما في مسألتنا فلابد من الإعتقاد لصحة الإسلام ، وقد بينّا أن اعتقاد

---

(١) سبق تخريجه : ١٨٧/٢ (من الإصطلام) .

الإسلام لم يوجد إلاّ بعد النظر الكامل ، والنظر الكامل لايكون إلاّ بعقل كاملٍ ، فقد تبين الفرق واتضح غاية الوضوح .

والله تعالى أعلم بالصواب وهو ولي الجود والإنعام .



(كتاب الفرائض)

مسألة :

مذهب زيد بن ثابت ان ذوي الأرحام لاميراث لهم وتوضع التركة في بيت المال .[1]

ومذهب علي ، وعبد الله ان ذوي الأرحام يرثون[2] ، وحكي ذلك عن عمر .[3]

والأول : مذهب مالك[4] ، والشافعي .[5]

والثاني : هو مذهب غيرهما من أهل العلم[6] ، وهو قول أبي حنيفة .[7]

وفي كيفية التوريث كلام كثير ، وطريقان معروفان كما يأتي في الميراث .

ومثال هذا الخلاف : مسألة الرد : فإن عند زيد الفاضل من أصحاب

---

(١) المغني : ٨٢/٩ ، العذب الفائض شرح عمدة الفارض : ١٧/٢ ، الأسرار : ١٦٨/١/ب (مراد ملا) ، المبسوط : ٢/٢٠ .

(٢) المغني : ٨٢/٩ ، العذب الفائض شرح عمدة الفارض : ١٧/٢ ، الأسرار : ١٦٨/١/ب (مراد ملا) ، المبسوط : ٢/٢٠ .

(٣) المغني : ٨٢/٩ ، العذب الفائض شرح عمدة الفارض : ١٧/٢ .

(٤) الإشراف للبغدادي : ٣٢٨/٢ .

(٥) الأم : ١٠/٤ ، المهذب : ٣١/٢ ، النكت ورقه ١٩٥/ب ، الحاوي : ١٧٤/٩ .

(٦) وبه قال معاذ بن جبل ، وعمر بن عبد العزيز ، وأحمد بن حنبل ، وغيرهم . انظر المغني : ٨٢/٩ .

(٧) الأسرار : ١٦٨/١/ب (مراد ملا) ، مختصر الطحاوي ص ١٥٢ ،المبسوط : ٣/٢ .

الفرائض يوضع في بيت المال ولايرد عليهم .[1]

وعند علي ، وعبد الله يرد عليهم على قدر مواريثهم إلاّ الزوج والزوجة فإنهما لاردّ عليهما .[2]

لنا :/ **١٧٥/أ**

ان الفرائض لامجال للقياس فيها ، لأنها مقادير ولاتعرف قياساً بل تعرف توقيفاً ، ولأنه تحرم به البنت ويورّث ابن العم وإنّ بَعُدَ ، وتحرم الجدات الأم ،[3] ويورّث ابن ابن ابن الأخ وان بَعُدَ فإذا لم تعرف قياساً بل عُرِفَ نصاً وجب اتباع موضع النص من الكتاب والسنة أو موضع الإجماع ، ولم يوجد في ذوى الأرحام شئ من ذلك ، والأصل أن لا استحقاق .

ويدل عليه : ان مولى العتاقة عندهم يقدم على ذوى الأرحام والولاء فرع النسب في الميراث فلا يجوز أن يقدم على أصله فلما قُدِمَ دل انه لاميراث لذوى الأرحام أصلاً .

وأما الدليل في مسألة الرد : هو أن الفرائض مقدرة لايجوز أن يزاد عليها ، لأن في الزيادة إبطال التقدير ، والرد زيادة على الفرائض فلا يجوز .

يدل عليه : انه لايرد على الزوج والزوجة ، فكذلك على سائر أصحاب

---

(١) الأسرار : ١٦٨/١/أ (مراد ملا) ، المغني : ٨٢/٩ ، العذب الفائض شرح عمدة الفارض : ١٧/٢ .

(٢) الأسرار : ١٦٨/١/أ (مراد ملا) ، المغني : ٨٢/٩ ، العذب الفائض شرح عمدة الفارض : ١٧/٢ .

(٣) كذا في المخطوط ولعل الأصح الجدات لأمٍ .

الفرائض ، لأن الكل أصحاب الفرائض والتخريج سهل .

وأما حجتهم :

تعلقوا بقوله تعالى : (**وَأُولُوا الأَرْحَامِ بَعْضُهُمْ أَوْلَى بِبَعْضٍ فِي كِتَابِ اللَّهِ**)[1] .

والمراد به الميراث بالإتفاق .

وتعلقوا بالحديث الذي رواه أبو داود[2] في سننه من طريق علي[3] بن أبي طلحة عن راشد[4] بن سعد عن أبي[5] عامر الهوزني عن المقدام[6] بن معدي كرب الكندي أن النبي ﷺ قال : (أما مولى مَنْ لامولى له أرثُ ماله وأفكُّ عانيه ، والخال مولى مَنْ لامولى له يرث ماله ويفكّ عانيه) .

---

(١) سورة الأنفال : آية (٧٥) .

(٢) انظر سنن أبي داود : ٣/ ٣٢٠ مع المعالم ، باب ميراث ذوي الأرحام .
ورواه الدارقطني في سننه : ٤/ ٨٥ ، ٨٦ .

(٣) علي بن أبي طلحة : سالم مولى بني العباس سكن حمص أرسل عن ابن عباس ولم يره ، من السادسة ، صدوق قد يخطئ ، مات سنة ١٤٣هـ .
روى له مسلم ، وأبو داود ، والنسائي ، وابن ماجة . انظر التقريب : ص ٢٤٦ .

(٤) راشد بن سعد المقرئ الحمصي ، ثقة ، كثير الإرسال ، من الثالثة ، مات سنة ثمان ، وقيل : ثلاث عشرة .
روى له أصحاب السنن الأربعة ، والبخاري في الأدب المفرد ، انظر التقريب ص :٩٩.

(٥) أبو عامر الهوزني (عبد الله بن لحى) الحمصي ، ثقة ، مخضرم ، من الثانية.
روى له أبو داود ، والنسائي ، وابن ماجة . انظر التقريب : ص ١٨٦ .

(٦) المقدام بن معدي يكرب بن عمرو الكندي ، صحابي مشهور ، نزل الشام ، ومات سنة ٨٧هـ على الصحيح ، وله احدى وتسعين سنة .
روى له أصحاب الكتب الستة . انظر التقريب ص ٣٤٦ .

وروى في رواية (والخال وارث مَنْ لاوارث له يعقل عنه ويرثه) .

وذكر ابن عيسى [١] الترمذي هذا اللفظ وهو قوله (والخال وارث مَنْ لاوارث له) عن النبي ص برواية عمر وعائشة . [٢]

ومن جهة المعنى :

قالوا : قريب فيرث كالعصبة ، وهذا لأن الوارثة خلافة في الملك .

قال أبو زيد [٣] : إن الإرث يبتني على الولاية على الميت بدليل ان كل سبب يقطع الولاية يقطع الإرث ، ولأن الوارث يخلفه في ملكه كأنه هو لا على سبيل تجديد الملك ، ولهذا ترتيب العصوبة على ترتب الولاية في النكاح ، وإذا كانت الوارثه مبنية على الولاية ، والولاية ثابتة على الميت لذوى الأرحام بدليل أن ولاية التجهيز والصلاة والدفن إليهم عند فقد أصحاب الفرائض والعصبات فثبت لهم الإرث بثبوت الولاية " .

قال : ولايلزم المجنون حيث يرث ولا ولاية له ، لأن الولاية ثابتة للمجنون ، ولكن يستوفيها له غيره فيما لاضرر له بعجزه عن التصرف بنفسه كالنائم والمغمى عليه .

وأما الإرث ولاية تثبت حكماً من غير حاجة إلى تصرف فصار المفيق والمجنون فيها سواء لافرق بينهما .

وذكر مثل هذا في مسألة الرد ، وقال : على ما ادعيناه من الزيادة على

---

(١) يقصد (أبو عيسى محمد بن عيسى الترمذي) فنسبه إلى أبيه .

(٢) انظر سنن الترمذي : ٨/٢٥٤ ، ٢٥٥ مع العارضة ، باب ما جاء في ميراث الخال . والدارقطني في سننه : ٤/٨٥ عن عائشة رضي الله عنها .

(٣) الأسرار : ١/١٦٩/أ (مراد ملا) .

الفرض إنما يكون زيادة إذا كان بذلك السبب الذي استحق به الفرض ، فأما إذا كان بسبب آخر فلا تكون زيادة على الفرض ، كالزوج إذا كان ابن عم فإن أخذ الباقي بكونه ابن عم لايعد زيادة على الفرض ، والسبب في الرد هو الرحم فحسب ، وكذلك السبب في استحقاق ذوى الأرحام هو الرحم فقط .

قالوا : ولهذا لم يرد على الزوج والزوجة لفقد الرحم فلم يوجد سبب سوى الزوجية ، وقد أخذ الفرض فلو رددنا يكون زيادة على الفرض الثابت بنص الكتاب .

وأما ههنا لازيادة على ما سبق .

وقد قال مشايخهم : ان ذا السببين أولى من ذى السبب الواحد ، ولذوى الأرحام سببان : الدّين ، والقرابة ، وللمسلمين سبب واحد ، فيقدم ذو الأرحام عليهم بحكم الترجيح الذي لهم ، وهذا كالأخ وأم يقدم على الأخ لأب ، لأنه يدلي بسببين ، والأخ لأب يدلي بسبب واحد ، كذلك ههنا .

الجواب :

أما لآية فهي أول آية وردت في توريث الأقرباء ثم بيان ذلك بالكتاب في موضع آخر لأصحاب الفرائض وبالسنة للعصبات .

وأما الخبر : فلا ينبغي أن يشتغل بالطعن فيه ، وقد ذكرنا بعض ذلك في كتاب البرهان .

والتأويل الذي ذكره الأصحاب ان معناه هو السلب .[1] مثل قوله « الجوع طعام مَنْ لاطعام له، والصبر حيلة مَنْ لاحيلة له » في نهاية الضعف .

وعلى أنه نص على الإرث بقوله « يرثه ويعقل عنه » وقد قيل : انه وَرَدَ

---

(١) الشيرازي في النكت ورقه ١٩٦/أ ، وفيه « على سبيل السلب » .

في خالٍ مخصوص وهو أن يكون خالاً ويكون عصبة ، ويتصوّر ذلك عند ارتفاع القرابة .

والدليل على هذا انه قال :يعقل عنه، وقد اتفقوا على انه لايعقل الخال .

وقد قال أبوسليمان الخطابي في معالم السنن تأويل الخبر انه / ١٧٥/ب طعمة أطعمها الخال عند[1] عدم الوارث لا أنه يكون للخال ميراث راتب ولكنه لما جعله يخلف الميت فيما يصير إليه من المال سماه وارثاً على طريق المجاز " .[2]

وهذا تأويل يحتمل وان كان بعيداً .

وفي مسألتنا لنا أخبار ذكرها الأصحاب وأوردها ابن اللبان [3] في فرائضه باسناده إلاّ انها مراسيل ، فتركتُ إيرادها وإن كانت حجة عليهم لقبولهم المراسيل والمقاطيع .

وأما المعنى الذي قالوه : فليس بشئ ، لأن الولاية على الميت لاتتصور فإنه قد خرج عن محل الولاية عليه ، وهذا لأن حقيقة الولاية استنابة شرعية في شئ يوجد سببه في حق المولى عليه إلاّ انه اعترض عجز فينوب عنه لعجزه كالولاية على الصغار في الأموال والأنكحة ، فإن الملك للصغار ثابت وهو سبب التصرف إلاّ انه يعجز بالصغر والجنون فثبتت الولاية للأباء وغيرهم نيابة عنهم .

---

(١) في المخطوط « عندم » والتصويب من المعالم .

(٢) انظر معالم السنن : ٣٢٢/٣ مع سنن أبي داود .

(٣) محمد بن عبد الله بن الحسن بن اللبان الفرضي الفقيه الشافعي إمام عصره في الفرائض وقسمة التركات ، وله في ذلك التصانيف المشهورة . انظر طبقات السبكي : ١٥٤/٤ ، ١٥٥ .

ومثل هذا لايتصور في حق الميت ، ولأن الأرث تملك حكمي فيعتبر بالتملك القصدي ثم التملك قصداً لايكون ولاية على المتملك عليه ، كذلك التملك حكماً .

وأمّا الذي اعتبروه بالولاية في الغسل والتكفين والدفن فتلك أمور تدور على الشفقة ، والأقرباء أشفق في ذلك من الأجانب فكانوا أولى وليس يعتبر الأرث بذلك بدليل ان الأقرب فالأقرب أولى يتولى ذلك وإن كان الميراث ربما يكون للأبعد .

وأما الذي تعلقنا به في مسألة الرد من منع الزيادة على الفرض تعلق صحيح .

وقولهم : " انه ليس بزيادة ، لأنه بسبب آخر وهو الرحم " .

قلنا : الرحم للابنة هو البنتية وللأخت هو الأختية ولايتصور فصل الرحم عن هذا في شئ ، وليس للقياس فيه مجال بحالٍ وتعلق الإرث بسبب البنتية والأختية لايدل على تعلقه بوصف القرابة .

وأما كلام مشايخهم :

فَهَوسٌ ، لأنا إنما نضع التركة في بيت المال على سبيل انه مال ضاع ولانضعه على انه إرث للمسلمين من قبيل الميت .

وأما عندهم : فإنهم يصرفونه إلى ذوى الإحام على جهة الإرث فكيف يتصور مع هذا وجود سببين أو وجود سبب واحدٍ بل سبب الإرث للأقرباء واحد وهو قرابة على وصفٍ مخصوصٍ وذلك وُجدَ لأصحاب الفرائض والعصبات ، ولم يوجد في ذوى الأرحام على جهة الأرث فلم يرثوا به .

والله أعلم بالصواب .



(مسألة)

مذهب عمر رضي الله عنه ثبوت التشريك بين الأخ لأب وأم وبين الأخوة من الأم في الثلث المفروض لهم في زوج وأم وأخوين لأم وأخ لأب وأم .[1]

وهذا قول مالك[2] والشافعي .[3]

وعند علي رضي الله عنه لاتشريك ويخلص الثلث للأخوة للأم ويسقط الأخ لأبٍ وامٍ.[4]

وهذا مذهب أبي حنيفة[5] وجماعة من العلماء .[6]

والرواية عن زيد وابن مسعود مختلفة .[7]

---

(١) المغني : ٢٤/٩ ، العذب الفائض : ١٠١/٣ ، الحاوي : ١٥٥/٩ ، المبسوط : ١٥٤/١٩ .

(٢) الإشراف للبغدادي : ٣٣٣/٢ .

(٣) الحاوي : ١٥٥/٩ ، المهذب : ٣٨/٢ ، النكت ورقه ١٩٧/أ .

(٤) المغني : ٢٤/٩ ، العذب الفائض : ١٠١/١ ، الحاوي : ١٥٥/٩ ، المبسوط : ١٥٤/١٩.

(٥) الأسرار : ١٦٨/١ (مراد ملا) ، مختصر الطحاوي ص ١٤٥ ، ١٤٦ ، المبسوط : ١٥٤/١٩ .

(٦) منهم : أحمد بن حنبل ، والشعبي ، والعنبري ، وشريك ، ونعيم بن حماد ، وأبو ثور ، وابن المنذر ، انظر المغني : ٢٤/٩ ، العذب الفائض : ١٠١/١ ، الحاوي : ١٥٦/٩.

(٧) الأسرار : ١٦٨/١ (مراد ملا) ، العذب الفائض : ١٠١/١ ، المبسوط : ١٥٤/١٩.

وعن أبي موسى الأشعري مثل مذهب علي .[1]

وعن عثمان مثل ما ذهب إليه عمر .[2]

لنا : ان الأخ لأب وأمٍ يشارك الأخوة لأمٍ في قرابة الأم وتفرّد بقرابة الأب فإن كانت قرابة الأب لاتوجب له التقدم على الأخوة لأمٍ في الإرث فلا توجب التخلف .

والعلة انهم استووا في سبب الإستحقاق فيستوون في الإستحقاق وهذا معنىً ذكره الرجل الذي أتي به عمر رضي الله عنه في هذه المسألة فلما أراد أن لايشرك فقال : هبّ ان أبانا كان عيراً في الصحراء ألسنا بني أم واحدة ؟[1] فتنبّه عمر لهذا المعنى وقضى بالتشريك .

وأما حقيقة المسألة : هو أن الأخ لأبٍ وامٍ اجتمع له سبب الفرض وهو قرابة الأم وسبب التعصيب وهو قرابة الأب غير أن الشرع منع الجمع لاتحاد الجهة وهي الأخوة ، وإتحاد الشخص فلما غلب جانب الإتحاد وجد الواجب أيضاً ومنع الجمع بين الواجبين ثم قدم سبب العصوبة على سبب الفرض لأنه أقوى ، ثم هذا التقديم إنما يوجد إذا ورث بها فإذا لم يرث بها سقط اعتبار سبب العصوبة وقد وجد سبب الفرض فيفرض له مع سائر الأخوة للأم .

وأما حجتهم :

قالوا : الأخ للأب والأم عصبة فلم يفضل شيئاً عن أصحاب

---

(١) المغني : ٩/٢٤ ، العذب الفائض : ١/١٠١ ، الحاوي : ٩/١٥٥ ، المبسوط : ١٩/١٥٤ .

(٢) المغني : ٩/٢٤ ، العذب الفائض : ١/١٠١ ، الحاوي : ٩/١٥٥ ، المبسوط : ١٩/١٥٤ .

(٣) المبسوط : ١٩/١٥٤ .

الفروض فلا يستحق شيئاً .

دليله : إذا كان بدل الأخ لأب وأمٍ أخ لأب .

ودليله : انه عصبة بالإجماع .

يبينه : انه إذا اجتمعت قرابة الأب والأم فالإرث بقرابة الأب دون قرابة الأم ، ولهذا يكون عصبة ، وإنما قرابة الأم مرجحة فلا تكون سبباً في الإستحقاق بحالٍ في هذا الموضع فلو استحق التشريك في مسألتنا لايستحقه بقرابة الأم وقد بينا انها ثبتت بسبب .

وحرفهم : انه لو كان سبباً للإستحقاق لكان يستحق الفرض بهذه القرابة والتعصيب بتلك / القرابة كالأخ لأم إذا كان ابن عم " . ١٧٦/أ

قالوا : ولايجوز أن يقال : إن قرابة الأب تجعل كالعدم ، لأنها لو جُعِلت كالمعدومة لجُعلت ليرث مع الأخوة من الأم ، وهذا لايجوز ، ألا ترى ان المرأة إذا تركت زوجاً وأبوين وبنتاً وبنت ابن عالت الفريضة ، ويكون لبنت الابن سدس المال تكملة الثلثين فلو كان معها ابن ابن سقطت بنت الابن ، ولايجعل الابن كالعدم ليرث .

وكذلك زوج وأم وأخت لأب عالت الفريضة أيضاً ، فلو كان مع الأخت أخ لأب أيضاً تسقط الأخت لأب ، ولايجعل الأخ لأب كالمعدوم ليرث ، وهذا لأن جعله كالمعدوم لابد له من دليل .

قالوا : ولأنه لو كان زوج وأخوان لأمٍ وعشرون أخوة وأمٍ للزوج النصف وللأخوين لأمٍ الثلث ، والسدس للأخوة من الأب والأم وان كثروا فإذا جاز إدخال النقص عليهم جاز الإسقاط وكان ينبغي على قياس قولكم " أن يشارك الأخوة لأب وأمٍ الأخوة لأمٍ ثم ينفردون بالسدس " .

الجواب :

ان قولهم " **عصبة** " .

قلنا : مسلم في غير هذا الموضع ، فأما في هذا الموضع فلا .

قولهم " ان قرابة الأب هي السبب في الإرث دون قرابة الأم " .

قلنا : بلى ، في سائر المواضع ، فأما في هذه الصورة فقد بينا وجه التوريث بقرابة الأم .

وأما قولهم " **لايجوز أن تجعل قرابة الأب كالعدم** " .

قلنا : نحن لانجعلها كالعدم ، لكن لما لم يرث بها ورثناها بقرابة الأم بالوجه الذي سبق ذكره .

وأما المسألتان فليستا بنظير مسألتنا ، لأن في مسألتنا قد اجتمع سببان الفرض والتعصيب ، وفي المسألتين لم يوجد إلاّ سبب واحد وهو سبب الفرض عند الإنفراد وسبب العصوبة عند الإجتماع مع الذكَر الذي هو في درجته وإذا كان السبب واحد لم يمكنه أن يجعله كالمعدوم ، وفي مسألتنا لما كان السبب اثنين أمكن أن يجعل أحدهما كالمعدوم ويورث بالآخر .

وأما التعلق بالنقصان :

فليس بشئ ، لأن التوريث بالعصوبة في تلك الصورة ممكن غير أن الإرث بالعصوبة تارة يستغرق جميع المال وتارة يوجد في بعض المال .

وأما في مسألتنا فلا يمكن التوريث بالعصوبة فورثنا بسبب الفرض .

والمسألة مشكلة جداً في المعنى ، والذي ذكرنا وجه الكلام وهو بالغٌ حسنٌ جداً .

قال أبو زيد معترضاً على قول ذلك الرجل لعمر ان الأب إذا كان

حماراً فالأم تكون أتاناً ، والولد يكون جحشاً فلا استحقاق " .[1]

وهذا لايقوله فقيه ، ومَنْ اعترض بمثل هذا على تلك الصورة فقد اعترف بقلة الفهم ، لأن مقصود الرجل لم يكن ليجعل أباه حماراً حقيقة حتى تكون الأم أتاناً ، ولكن المقصود هو الحرف الذي بينّا ، وهو الإعراض عن قرابة الأب والتشريك بقرابة الأم ، وقد كان عمر أفطن الناس ونطقت السكنية على لسانه ودان الحق ونزل الوحي في مواضع بموافقة قوله ، فعرف موضع الحجة وهو الذي سبق شرحه فقضى بما قدمنا .

والله أعلم بالصواب .



---

(١) الأسرار : ١/١٦٨/ب (مراد ملا) .



(مسألة)

الأخوة لايسقطون بالجد عندنا [١] ، وهو مذهب عمر [٢] ، وعلي [٣] ، وابن مسعود [٤] وزيد [٥] رضي الله عنهم .

وأما كيفية التوريث فيها كلام كثير نذكر في المذهب ، وإلى ماقلنا ذهب أكثر أهل العلم . [٦]

وعند أبي حنيفة : يسقطون أصلاً [٧] ، وهو قول أبي بكر الصديق [٨]

---

(١) المهذب : ٢/ ٤٠ ، النكت ورقه ١٩٦/ب ، الحاوي الكبير : ١٢٢/٩ .

(٢) العذب الفائض : ١٠٦/١ ، المغني : ٦٦/٩ ، سنن البيهقي : ٢٤٨/٦ .

(٣) العذب الفائض : ١٠٦/١ ، المغني : ٦٦/٩ ، سنن البيهقي : ٢٤٨/٦ .

(٤) المصادر السابقة .

(٥) المصادر السابقة .

(٦) منهم : مالك ، والأوزاعي ، وأحمد في أصح الروايتين عنه ، وأبو يوسف ، ومحمد . انظر الحاوي : ١٢٢/٩ ، المبسوط : ١٨٠/١٩ ، الإشراف للبغدادي : ٣٣٢/٢ ، الأسرار : ١٦٩/١/ب ، المغني : ٦٦/٩ ، العذب الفائض : ١٠٦/١ ، الإنصاف : ٣٠٥/٧ ، مختصر الطحاوي ص ١٤٨ .

(٧) الأسرار : ١٦٩/١/ب ، (مراد ملا) مختصر الطحاوي ص ١٤٧ ، المبسوط : ١٨٠/٩ ، وهو رواية عن الامام أحمد ، انظر المغني : ٦٦/٩ العذب الفائض : ١٠٦/١ ، الانصاف : ٣٠٥/٧ .

(٨) العذب الفائض : ١٠٥/١ ، الأسرار : ١٦٩/١/ب (مراد ملا) ، المبسوط : ١٨٠/١٩ ، المغني : ٦٦/٩ ، سنن البيهقي : ٢٤٦/٦ ، وذكره البخاري تعليقاً : ١٨/١٢ .

رضي الله عنه وبه أخذ ابن عباس [١] ، وعائشة [٢] ، وابن الزبير [٣] رضي الله عنهم .

لنــا : ان الجد لو قدّم على الأخوة لقدّم في العصوبة ، ولأن التقديم في العصوبة بزيادة رتبة في الإدلاء بالميت ، ولازيادة للجد في هذا المعنى ، لأن الجد أب الأب والأخ ابن الأب فاستويا بل لو قيل ان الإدلاء بالنبوة في العصوبة فوق الإدلاء بالأبوة كان صحيحاً ، ألا ترى أن الابن يقدم في العصوبة على الأب فإن لم يحجب الجد بالأخ فلا يحجب الأخ به .

والحرف : انهما في القرب سواء فلم يحجب أحدهما بالآخر كالجد لايحجب بالأخ .

وقد حكوا عن علي رضي الله عنه التشبيه بشجرة انشعب منها غصن ثم من الغصن غصن ثم من الغصن غصنان . [٤]

---

(١) العذب الفائض : ١٠٥/١ ، الأسرار : ١/١٦٩/ب (مراد ملا) ،. المغني : ٦٦/٩ ، سنن البيهقي : ٢٤٦/٦ ، المبسوط : ١٧٩/١٩ .

(٢) العذب الفائض : ١٠٥/١ ، الأسرار : ١/١٦٩/ب (مراد ملا) ، المغني ٦٦/٩ ، المبسوط : ١٧٩/١٩ .

(٣) العذب الفائض : ١٠٥/١ ، الأسرار : ١/١٦٩/ب (مراد ملا) ، المغني ٦٦/٩ ، سنن البيهقي : ٢٤٦/٦ ، المبسوط : ١٧٩/١٩ .

وبه قال قتادة ، وأبو ثور ، ونعيم بن حماد ، والمزني ، وابن سريج ، وابن اللبان . انظر المصادر السابقة ، المهذب : ٤٠/٢ ، فتح الباري : ٢٠/١٢ ، الحاوي : ١٢٢/٩ ، والمبسوط : ١٧٩/١٩ .

(٤) رواه البيهقي في سننه : ٢٤٨/٦ . ==

وعن زيد : التشبيه بوادٍ انفجر منه نهر ثم من النهر نهران .[1]

فالشجرة هو الجد والغصن الأول هو الأب ، والغصنان هما الأخوان ، وعلى هذا في الوادي .

فالقرب بين الغصنين مثل القرب بين الغصن والشجرة ، لأن القرب في الموضعين بواسطة الغصن الأول بل القرب بين الغصنين أكثر من القرب بين أحد الغصنين وساق الشجرة ، لأن هناك فاصل بين القرب ولا فاصل ههنا .

وأما حجتهم :

قالوا : الجد أب فيسقط الأخوة كالأب / الأدنى . **١٧٦/ب**

والدليل عليه : ان آدم صلوات الله عليه أب البشر بإتفاق المسلمين ويدل عليه قوله تعالى : (**مِلَّةَ أَبِيكُمْ إِبْرَاهِيمَ ....**)[2] وهو جد .

ويدل عليه : ان النبي ص مر بفتية من أصحابه يتناضلون فقال : ارموا بني اسماعيل فإن أباكم كان رامياً)[3] والمعتمد لهم : أن ابن الإبن ابن في الإستحقاق والحجب ، فإنه ينزل منزلة

(=) وذكره صاحب العذب الفائض : ١٠٦/١ ، وابن قدامة في المغني : ٦٦/٩ .

(١) رواه البيهقي في سننه : ٢٤٧/٦ ، والدارقطني في سننه : ٩٤/٤ .
وذكره صاحب العذب الفائض : ١٠٦/١ ، وابن قدامة في المغني : ٦٦/٩ .

(٢) سورة الحج ، آية (٧٨) .

(٣) رواه البخاري في صحيحه : ٩١/٦ مع الفتح ، باب التحريض على الرمي وابن ماجه في سننه : ٩٤١/٢ ، باب الرمي في سبيل الله .
والإمام أحمد في مسنده : ٣٦/١ ، ٥٠/٤ .

ابن الصلب بالإجماع ، فكذلك أب الأب أب على معنى انه ينزل منزلته ، وهذا لأن الإسم من الأسماء المشتركة فلا يتصوّر أن يكون ابن الإبن ابناً إلاّ ويكون أب الأب أباً لأن الإبن من غير أب محال ، والأب من غير ابن محال ، وهذا كالأخ مع الأخ .

واستدلوا من حيث الحكم : في ان الجد أب : أن ولايته يجمع المال والنفس ولأن له ولاية الاستيلاد ، ولأن بينهما بعضيّة توجب العتق مثل الأب سواء .

الجواب :

أما قولهم " **إن الجد أب** " .

ترك للحقيقة ، ألا ترى انه يقال أب وليس بجدٍ ، وجد وليس أب وأسماء الحقائق لاتتنفى عن مسمياتها بحالٍ ، ولأن الأب هو الوالد حقيقة ، والجد ليس بوالدٍ حقيقة ، بل هو والد الوالد والذي تمسكوا به من الظواهر فإنما سمى الجد أباً على سبيل المجاز .

وأما قولهم " ان ابن الابن ابن " .

قلنا : لانسلم ، انه ابن حقيقة ، فإنه ابن الابن وليس بابن ، وهذا لأن الابن ولد من الإنسان ، وهذا ولد ولده ، وليس بولده وانما نزل منزلة الابن عند فقده بدليل قام عليه .

فإن قالوا : قولوا إن أب الأب ينزل منزلته عند فقده .

قلنا : لامدخل للقياس في هذا ، فإن ابنة الابن قامت مقام ابنة الصلب عند فقدها ، والجدة لاتقوم مقام الأم عند فقدها بحال .

يدل عليه : ان ابن الابن لما قام مقام ابن الصلب قام مقامه في جميع الأحكام فقولوا : إن الجد أيضاً يقوم مقام الأب في جميع الأحكام ،

وبالإجماع لم يقم .

أما عندنا : فظاهر .

وأما عندهم : لايقوم مقامه في أربعة أحكام : فان الولد يصير مسلماً بإسلام أبيه ولايصير مسلماً بإسلام جده ، والأب يجر الولاء في المسألة المعروفة بخلاف الجد ، ولايشارك الأب في نفقة ولده أحد عندهم بخلاف الجد تشاركه الأم وتكون نفقته عليهما على قدر الميراث .

وإذا ماتت المرأة عن زوج وأبوين ، فيكون للزوج النصف وللأم ثلث ما تبقى ، والباقي للأب ، وإذا كان مكان الأب جد يكون للأم ثلث جميع المال .

فإن قالوا : " لابد من دليل معنوي في أن ابن الابن يكون ابناً ولايكون أب الأب أباً " .

قلنا : لايلزمنا ذلك بعد أن وقع التفريق على المذهبين .

ويمكن أن يقال : إن نسبة الابن إلى أبيه ، وكذلك نسبة ابن ابنه وهذه نسبة لابد منها فلما كان ابن الابن يشارك الابن في النسبة إلى الأب قام مقامه وكان مكانه فيما يختص به من الأحكام وهذا لايوجد في جانب الأب لأنه لايشبه ، إنما هو الإيلاد ، والإيلاد للولد لا لولد الولد .

فإن قالوا : إن لم يكن لأب الأب نسبة فلابن الابن نسبة إليه " .

قلنا : بلى ، ولكن هذه نسبة يختص بها ابن الابن ولايوجد في الجانب الآخر .

وأما الأحكام التي تعلقوا بها فهي : إما تدور على الشفقة أو البعضيّة .

ونحن نسلم ان الجد أشفق وله بعضيّة ليست للأخ .

فإن قالوا : قدّموه بالبعضيّة التي اختص بها .

قلنا : الميراث يدور على القرب لا على البعضيّة ، وعلى أن جانب الجد وان اختص بالبعضية فجانب الأخ اختص بقوة البنوة والبنوة أقوى من الأبوة على ما ذكرنا ، وأيضاً فإن لجانب الأخ قوة أخرى في التعصيب حتى انه يعصّب أخته بخلاف الأب والجد ، وتبين بهذا أن الشرع نزله منزلة الابن .

فإن قالوا : " الفصل الأول باطل ، لأن أب الجد أولى من العم بالإتفاق ولأب الجد أبوة الجد وللعم بنوة " .

قلنا : بلى ، ولكن العمّ بالشرع أخذ طرفاً من الشبه بالأجانب من حيث انه يلد من أجنبية بخلاف الأخ .

وأما قياسهم على الأب :

قلنا : لِمَ قلتم إذا كان الأخوة لايرثون مع الاب وجب أن لايرثون مع الجد ؟

قالوا : " لأن كل جهة قدّمت في العصوبة على جهة فمادام يوجد في تلك الجهة مَنْ يمكن تقديمه يكون أولى وان بعدت درجته كابن ابن الابن وان سفل مع أب الأب ، وكابن ابن الأخ وان سفل مع العم ، وقد وجد ههنا في جهة الأبوة مَنْ أمكن تقديمه في العصوبة وان بعدت درجته وهو الجد وان علا ، فوجب أن يقدم على الأخوة ، وهذا لأن جهات العصوبة على ترتيب معلومٍ : البنوة ، ثم الأبوة ، ثم الأخوة ، ثم العمومة ، ولهذا تكون الولاية في النكاح على هذا الترتيب " .

قلنا : قد/ بينّا أن الأبوة مفقودة في الجد، وقد بينّا **١٧٦/أ** ان قوة الأخ كقوة الإبن .

وأما سقوطهم بالأب ، إنما كان لأنهم يدلون به فيكونون له بمنزلة الفرع

للأصل ، ولو لم يسقطوا بالأب لزاحموه ، والفرع لايزاحم أصله ، وهذا لايوجد إذا كان مكان الأب جد لأنهم لايدلون به ، إنما يدلون بمن يدلي هو به فساووه فجاز أن يزاحموه .

فإن قالوا : " أليس أن أولاد الأم يرثون مع الأم وإن ادلوا به ؟ " .

قلنا : هذا الأصل في العصبات ، فأما في أصحاب الفرائض فلا ، وهذا لأن مَنْ له فرضٌ مقدرٌ لامزاحمة لأحد معه .

فإن قالوا : " أليس أن الجدات لايرثون مع الأم ويسقطن بها لأنهن يدلين بها وإن كانت صاحبة فرض ؟ " .

قلنا : ليس السقوط لهذا لكن لأن جهة الإستحقاق واحدة والأم قد استوفت فرض تلك الجهة على كمالها .

هذا الذي أوردناه في هذه المسألة غاية الإمكان ، والمسألة من المعضلات .

وقد ثبت عن عمر انه قال : « أجرأكم على الجَدّ أجرأكم على النار » .[1]

ونعوذ بالله منها ، والله أعلم .

❀❀❀❀

---

(١) رواه سعيد بن منصور في سننه عن سعيد بن المسيب عن عمر رضي الله عنه في القسم الأول من المجلد الثالث ص ٣٣ رقم (٥٥) ، باب الجد .
وذكره في العذب الفائض : ١/١٠٥ .

(مسألة)

المرتد لايرث ولايورث (✿)، ويكون مـاله إذا قُـتلَ أو مـات على الردة لجميع المسلمين فيئاً .[(١)]

وعندهم : يورث ، ويكون ميراثه لقرابته المسلمين .[(٢)]

وفرق أبو حنيفة بين كسب الإسلام وكسب الردة فجعل كسب الإسلام لورثته وكسب الردة فيئاً .[(٣)]

(✿) قال ابن قدامة في المغني : " لانعلم خلافاً بين أهل العلم في أن المرتد لايرث أحداً وهذا قول مالك ، والشافعي ، وأصحاب الرأي ، ولانعلم عن غيرهم خلافهم ١٥٩/٩، الحاوي : ١٤٥/٨ .

(١) الأم : ١٣/٤ ، مختصر المزني مع الحاوي : ١٤٥/٨ ،المهذب : ٣١/٢ ، النكت ورقة ١٩٥/أ ، معالم السنن : ٣٢٧/٣ .

وبه قال مالك ، وابن عباس ، وربيعة ، وأبو ثور ، وابن المنذر ، وهو رواية عن الإمام أحمد وهي الصحيحة في المذهب ، انظر الأشراف للبغدادي : ٣٢٨/٢ ، المغني :

١٦٢/٩ ، شرح النووي على مسلم : ٥٢/١١ .

(٢) وبه قال الأوزاعي ، واسحاق ، والحسن البصري ، والشعبي ، وعمر بن عبد العزيز ، وقد روي ذلك عن علي بن أبي طالب ، وابن مسعود .

انظر : معالم السنن : ٣٢٧/٣

وهو الرواية الثانيه للإمام أحمد ، انظر المغني : ١٦٢/٩ ، الحاوي : ١٤٥/٨.

(٣) مختصر الطحاوي ص ٢٦١ ، اللباب في الجمع بين السنة والكتاب : ==

وأما أبو يوسف ومحمد : فسوّيا بينهما وأثبتا الإرث في الكل .[1]

لنا :

انه كافر فلا يرثه المسلمين .

دليله : سائر الكفار ، وقد دل على هذا النص الوارد في الباب ، وهو قوله عليه الصلاة والسلام (لايرث المسلم الكافر ولا الكافر المسلم[2] وهذا لأن وجود الموالاة شرط لثبوت الإرث ، ودليل الشرطية ان الوراثة خلافة في الملك ، ومعنى الخلافة « أنه يقوم مقام الميت وتنزل منزلـه ويصير

(=) ٨١٧/٢ ، ٨١٨

وبه قال سفيان الثوري ، وزفر بن الهذيل ، انظر معالم السنن : ٣٢٧/٣ ، الحاوي : ١٤٥/٨ ، المبسوط : ٣٧/٢٠ ، الاسرار : ١٥٥/١/ب (مراد ملا) .

(١) مختصر الطحاوي ص ٢٦١ ، شرح معاني الآثار : ٢٦٨/٣ ، الاسرار ١٥٥/١/ب

المبسوط : ٣٧/٢٠ ، تبيين الحقائق شرح كنز الدقائق : ٢٨٦/٣.

وانظر حاشية (٢) .

(٢) رواه البخاري في صحيحه : ٥٠/١٢ مع الفتح ، باب لايرث المسلم الكافر.

ومسلم في صحيحه : ٥٢/١١ مع النووي ، كتاب الفرائض .

وأبو داود في سننه : ٣٢٦/٣ ، ٣٢٧ مع المعالم ، باب هل يرث المسلم الكافر .

والترمذي في سننه : ٢٥٧/٨ مع العارضة ، باب ما جاء في ابطال الميراث بين المسلم والكافر .

وابن ماجة في سننه : ٩١٣/٢ .

والدارمي في سننه : ٢٧٠/٢ ، ٢٧١ .

والإمام مالك في الموطأ : ٢٥٠/٦ مع المنتقى ، باب ميراث أهل الملل .

والإمام أحمد في المسند : ٢٠/٥ ، ٢٠٢ ، ٢٠٩ .

كأنه هو المالك المستدام ملكه فإذا انقطعت الموالاة لم تمكن هذه الإقامة ، لأنه وإن كان قريباً نسبا يكون أجنبياً دِيناً فتعذرت الخلافة ، كما لو كان أجنبياً في النسب أيضاً .

وأما إذا اتفقا في الدين فقد جمعهما الموالاة ديناً فيكون قريباً نسباً ودِيناً فأمكن إثبات الخلافة والحكم بالإقامة .

ثم الدليل على انقطاع الموالاة بين المسلمين والكفار نص الكتاب وهو قوله تعالى في الكافرين (**بَعْضُهُمْ أَولِيَاءُ بَعْضٍ** ....) [1]

وقال في المؤمن (**مَا لَكُمْ مِنْ وَلايَتِهِمْ مِنْ شَئٍ** ....) [2]

وقال تعالى : (**المُنافِقُونَ وَالمُنافِقَاتُ بَعْضُهُم مِنْ بَعْضٍ**...) [3]

وقال في المؤمن (**وَالمُؤمِنُونَ وَالمؤمِنَاتُ بَعْضُهَمْ مِنْ بَعْضٍ**...) [4]

ومعنى الموالاة « الأخوة في الدين ، وقيام بعضهم بحقوق البعض نصرةً وذبّاً عنه وتنزيلاً إياه منزلة نفسه .

وتدل بعد هذا على أن ماله فئ للمسلمين فنقول : المرتد حربي مقهور في أيدينا فيكون ماله فيئاً للمسلمين .

دليله : سائر أهل الحرب ، ونعتبر كسب الإسلام بكسب الردة وهو اعتبار من أصح الإعتبارات .

---

(١) سورة الأنفال جزء من آية (٧٣) .

(٢) سورة الأنفال جزء من آية (٧٢) .

(٣) سورة التوبة جزء من آية (٦٧) .

(٤) سورة التوبة جزء من آية (٧١) .

وأما حجتهم :

قالوا : روى مثل مذهبنا عن علي ، وابن مسعود .[1]

قالوا : ولأن لأمواله حكم الإسلام بدليل أنه لايكون فيئاً في الحال ، وإنما لم يصر فيئاً في الحال لأجل حكم الإسلام .

يدل عليه : أن لذاته حكم الإسلام بدليل انه لايقر على الكفر ، ولأن عندكم يؤمر بقضاء الصلوات التي تفوته في حال الردة ولأنه لو حدث ولد بين مرتد وكتابية يكون له حكم الردة كما لو حدث بين مسلم وكتابية ، وإذا كان لنفسه حكم الإسلام ، فكذلك لماله ، لأن ماله تبع لنفسه .

وإذا ثبت أن له حكم الإسلام لم يكن فيئاً وإذا لم يكن فيئاً يكون لقرابته من المسلمين لوجود القرابة والوصلة الدينية ، ونعني " بالوصلة الدينية " القدر الذي ثبت له به حكم الإسلام .

قالوا : وعلى هذا سقط قولكم " حربي مقهور في أيدينا " ، لأنه وإن كان كذلك لكن لماله حكم الإسلام فمنع الحكم لماله بالفئ على ما سبق .

وبعضهم قال : المسلم قريب وله ولاية ، لأن ولاية المسلم على الكافر ثابتة في الجملة بخلاف الكفار في حق المسلمين ، لأنه لا ولاية لهم .

وإنما منعنا إرث المسلم من الكافر الأصلي النص ، ولايجوز أن يلحق به المرتد ، لأن كفره غير مستقر بل هو متزلزل فيكون ثابتاً من وجهٍ لا من

---

(١) ذكرهما الطحاوي في معاني الآثار : ٢٦٦/٣ ، والدبوسي في أسراره : ١٥٦/١ (مراد ملا) .

وجهٍ بخلاف الكافر الأصلي فإن كفره ثابت من كل وجهٍ

قالوا : وأما كسب الردة فلم يثبت له حكم الإسلام ، وعلى أن عندنا يملك المرتدُ كسب الردة ملكاً موقوفاً لوقوف تصرفاته فإذا قُتِلَ على الردة أو مات عليها صار كأن لم يملك [١] ،

وقد زال الملك عن ملاكها الا ..... [٢] حقه أن يوضع في بيت المال ، وهذا / لايوجد **١٧٧/ب** في كسب الإسلام ، لأنه قد كان ملكه حقيقة فثبت له حكم الإسلام على ما سبق .

وقد قال بعض مشايخهم [٣]: إن الردة تنزل منزلة الموت ، والمرتد هالك ولهذا المعنى قلنا : انه يزيل الملك بمنزلة الموت ، وإذا نزل بمنزلة الهلاك يكون ماله لقرابته المسلمين ، كما لو مات بدل الردة .

الجواب :

أنا لانسلم ثبوت حكم الإسلام لماله ، ولانسلم ثبوته لنفسه لأنه كافر من أكفر الكفار ، فكيف يثبت له أو لماله حكم الإسلام ؟ .

وإنما لم يقسم ماله على المسلمين في الحال ، لأن الشرع وَرَدَ بحمله على الإسلام ، والظاهر عوده ، وإذا عاد جعلنا إسلامه بمنزلة المطرد المستمر فلأجل هذا انتظرنا حاليه في العود أو الإستقرار على الكفر ، ولم نجعل ماله فيئاً في الحال ، وهو نظير النكاح على أصلنا على ما عرف في

---

(١) الأسرار : ١/١٥٤/ب ، ١٥٥/أ (مراد ملا) .

(٢) الكلمة مطموسة في المخطوط ولعلها « الأول فكان من ... » .

(٣) منهم أبو يوسف ومحمد . انظر الأسرار : ١/١٥٦/أ (مراد ملا) .

النكاح [1] ، وهذا كما في كسب الردة على أصلهم لايكون فيئاً في الحال بل ينتظر ما بينا لما ذكرنا .

وأما قولهم « يجب عليه قضاء الصلوات التي تركها في حال الردة » .

قلنا : ليس ذلك لأجل ثبوت حكم الإسلام له ، بل لأجل إلتزامه السابق على ماذكرنا في تلك المسألة [2] ، وهذا لأن جميع الكفار يخاطبون بالشرائع لكن سقط عن الكافر الأصلي مالزمه تخفيفاً ، والمرتد لايستحق التخفيف ، وكذلك الحمل على الإسلام ليس لأجل ثبوت حكم الإسلام له بل لتغلّظ كفره ، كما قالوا في مشركي العرب : يحملون على الإسلام بالسيف ، وليس لهم حكم الإسلام بوجهٍ ما .

وإذا بطل هذا الأصل استقام أن يجعل كسبه فيئاً فلم يكن لورثته .

وأما قولهم : " إن الأصل أن يرث المسلم من الكافر لأجل ثبوت ولايته ".

قلنا : هذا تعبد ، لأن الموالاة شرط على ما قدمنا ، وقد انقطعت من الجانبين ، والعذر عن كسب الردة ضعيف ، لأن كسب الردة عندهم مثل كسب الإسلام في أنه يكون له عند إسلامه فوجب أن يكون مثل كسب الإسلام في أنه يكون لورثته عند قتله .

وقولهم : " **إنه لم يملك** " .

قلنا : فينبغي أن لايكون فيئاً أيضاً ، لأن حكم الفيئ لما مَلَكَه

---

(١) وهو أن الفرقة بين الزوجين في الردة لاتقع في الحال إذا كان المرأة مدخولاً بها بل تتأجل حتى إنقضاء العدة ، انظر النكت ورقه ٢٠٧/ب .

(٢) انظر مسألة : المرتد عن الإسلام يلزمه قضاء ماترك من الصلاة : ٢٥٣/١ (من الإصطلام) .

المرتد لا لما لم يملكه ، وعلى أنهم لما قالوا في المكاتب إذا ارتد وقُتِلَ على الردة يعطي نجوم كتابته من كسبه وأعتق ، ويكون كلا كسبيه أعني ـ كسب الإسلام ، وكسب الردة لورثته المسلمين [١] ، وهذه مناقضة ظاهرة .

وأما قول مشايخهم : " ان الردة موت " .

فمحال ، بل هو كفر فيلتحق بالكفار لا بالموتى فلئن كان هو هالكاً فسائر الكفار هلكى ، وإن كان سائر الكفار أحياء فهو حي ، ثم هذه الطريقة باطلة على أصولهم : فإن عندهم : لو حدث ولد له بعد الردة بعلوق حادثٍ يرث [٢] وإن كانت الردة موتاً على مازعموا وجب أن لايرث إلاّ ما كانوا موجودين عند ردته .

وكذلك قالوا : لو هلك بعض الورثة بعد الردة قبل القتل لايرث ، ويعتبر عدد الورثة عند الهلاك لا وقت الردة . [٣]

وهذا دليل قاطع .

وهاتان المسألتان قد نصوا عليها فبطلت الطريقة قطعاً بما قلناه .

والله أعلم بالصواب .

(١و٢و٣) انظر الأسرار : ١/١٥٦/أ (مراد ملا) .

(مسألة)

قتل الصبي والمجنون يوجب حرمان الميراث عندنا .[1]

وعندهم : لايوجب .[2]

لنا :

إنه قتل بغير حقٍ فيوجب حرمان الإرث .

دليله : قتل المخطئ ، وهذا لأن حرمان الإرث حكم يتعلق بنفس حصول القتل بغير حقٍ سواء اتصف بالعدوانية أو لم يتصف أو اتصل به الإثم أو لم يتصل بدليل تعلقه بقتل الخطأ وهو غير موصوفٍ بالعدوانية ولا هو قتل مؤثم ولكن لما كان حصوله بغير حقٍ أوجب تعلق هذا الحكم .

فإن قالوا : ولِمَ قلنا: لأنه سبب قاطع للموالاة التي هي شرط الإرث ، لأن القتل إهلاك ، ولابقاء للموالاة مع الإهلاك فأشبه اختلاف الدين وانقطاع الموالاة يستوي فيه البالغ والصبي بدليل انقطاعه باختلاف الدين .

وأما حجتهم :

قالوا : جزاء فعل محظور فلا يتعلق بقتل الصبي .

دليله : القود ، وهذا لأن حرمان الإرث لايقابل المحل لأن ما يقابل المحل يكون وجوبه على طريق الجبر للمحل وحرمان الإرث لايحصل به جبر المحل بحالٍ .

---

(١) النكت ورقه ١٩٥/أ ، الحاوي : ٨٥/٨ .

(٢) الأسرار : ١/١٧٣/أ (مراد ملا) ، المبسوط : ٤٨/٢٠ ، إيثار الإنصاف في آثار الخلاف ص ٤٠٦ .

فدل انه يقابل الفعل ليكون جزاءً له مثل القود ، والجزاء على الفعل لايثبت إلاّ بعد أن يكون الفعل محظوراً وفعل الصبي غير محظورٍ ، لأن الحظرية بالخطاب ولا خطاب على الصبي بحال .

قالوا : وهذا خلاف قتل الخاطئ فإن قتل الخاطئ قتل محظور ، لأنه أهل الخطاب إلا أنه لم يُعْفَ عن الخطأ ، والخطأ صفة لذاته ، ولايتعدى إلى المحل فبقى الفعل محظوراً فيما / يرجع إلى **١٧٨/أ** المحل فصار قتل الخطأ محظوراً من وجهٍ لا من وجهٍ ، فمن الوجه الذي هو محظور صلح أن يكون سبب الحرمان ويكون حرمان الإرث جزاءً له .

وأما قتل الصبي فليس بمحظور بوجهٍ ما ، فلم يصلح أن يكون الحرمان جزاءً له ، وقد وجب جزاءً على الفعل المحظور ، ولهذا المعنى لايتعلق بغير المحظور بحالٍ، ولأنه إذا لم يكن جبراً للمحل فلابد أن يكون جزاءً على المحل .

وقد قال بعض مشايخهم :

ان الخاطئ مقصّر وبتقصيره يقع له الخطأ فيجوز أن يُجازي بفعله ، ولأنه متهم في الفعل يجوز أنه تخأطأ وليس بخاطئ .

وأما في مسألتنا فلا تهمة .

قالوا : ولايجوز أن يقال ان قتل الصبي إن لم يكن محظوراً فليس بمباحٍ فيجوز أن يعلق به الحرمان فإن فعل الصبي ليس بمحظورٍ ولامباح ، لأن كلاهما بالخطاب ولاخطاب فهو كفعل البهائم .

الجواب :

لانسلم انه جزاء الفعل ، لأنه يتعلق بقتل الخاطئ ، ولايجوز أن يجازي الخاطئ على فعله ، لأنه لاينهي عنه فيقال لاتخطء فكيف يجازى عليه ؟

ولأن الله تعالى وضع عنه الخطأ بنص الكتاب فلم يتصوّر جزاءه عليه ، ولأنه إذا كان جزاء الفعل ففي العمر قد جوزي بالقتل فلا معنى للمجازاة بغيره ، وفي الخطأ إن كان الحرمان جزاء على القتل فيجب أن لايخلو عنه بحالٍ ، ويخلو عنه إذا كان القتل في غير المورث فأين الجزاء في هذه الصورة ؟ وإذا خلا عنه في صورة يجوز أن يخلو عنه في سائر المواضع ، ولأنه لو كان في القتل جزاء الفعل لكان في الكفر جزاء الكفر ثم ينبغي أن يكون في جانب الكافر دون المسلم ، فدل أن جعله جزاء الفعل أو عقوبة الفعل لا وجه له ، وإنما هو متعلق بصورة القتل اينما وُجِدَ أو متعلق بقتلٍ يحصل بغير حق لحصول انقطاع الموالاة بصورته .

وأما قولهم " **إن الخاطئ من أهل الخطاب** " .

قلنا : نعم ، في غير ما وقع فيه الخطأ ، فأما فيما أخطأ فيه فلا ، والكلام فيه .

وأما قولهم : " **إنه مقصر أو متهم بالتخاطئ** "

قلنا : وههنا يتهم بالتصابي والتجانن ، وعلى أنه إذا رمى سهماً إلى صيدٍ فاعترض مورثه فأصابه لاتقصير ولا تهمة في هذا الموضع ، والحرمان ثابت . **والله أعلم بالصواب** .



(كتاب الوصايا)

مسألة :

إذا أوصى لواحدٍ بالثلث من ماله ، ولآخر بنصف من ماله ولم يجز الورثة يقسم الثلث بينهما على خمسة أسهم لصاحب النصف ثلاثة ، ولصاحب الثلث سهمان . (١)

وعند أبي حنيفة رحمة الله عليه : يقسم بينهما سهمين . (٢)

لنا :

إن الوصية بالنصف وصية صحيحة في نفسها ، بدليل أنه أوصى بملكه فيصح ، كما لو أوصى بالثلث ، ولأن الورثة لو أجازوا جازت الوصية من قبل الموصي ، وصار معنى الإجازة منهم انه كان لهم رد هذه الوصية فإذا أجازوا واسقطوا حقوقهم فجازت الوصية من قبل الموصى ، وإذا ثبت أن أصل الوصية صحيحة فنقول : ثبوت الرد للورثة لحقهم ، وحقهم في سلامة الثلثين ومنع البخس فيه فصار عمل ردهم للوصية مقصوراً على هذا القدر وهو منع الإستحقاق فيما وراء الثلث فبقيت الوصية عاملة فيما وراء هذا وهو إثبات المفاضلة بين صاحبي الوصية

---

(١) الأم : ٣٣/٤ ، مختصر المزني مع الحاوي : ٢٠٦/٨، المهذب : ٥٩٦/١ ، النكت ورقه ١٨٥/ب ، الحاوي : ٢٠٧/٨ .
وبه قال الصاحبان . انظر مختصر الطحاوي ص ١٥٨ ، مختصر القدوري : ٣٧٣/٢ ، (مع الجوهرة) ملتقى الأبحر : ٥٤٨/٢ .

(٢) مختصر الطحاوي ص ١٥٨، مختصر القدوري : ٣٧٣/٢ (مع الجوهرة) ملتقى الأبحر : ٥٤٨/٢ .

لثبوت ضرر كل واحد منهما بقدر سهمه في الوصية، ويجوز صحة الوصية لهذا العمل ، بدليل ما لو أوصى لواحدٍ بالثلث ولآخر بالثلث ولآخر بالسدس فلم يجز الورثة فضاربوا بقدر السهام المسماة لهم في الوصية ، ولو أجازت الوصية الورثةُ استحق كل واحد منهم وصية على الكمال وعند الرد تضاربوا بالسهام .

والحرف : ان الوصية بعد الرد أمكن إبقائها على الصحة لفائدةٍ مطلوبةٍ وهي المفاضلة بالمضاربة فبقيت على الصحة كما بيّنا ، وهذا لأن العقد متى أمكن إبقاءه على الصحة بوجهٍ مالايبطل حكمه كما اذا أمكن ابقائها على الصحة بكل وجهٍ لايبطل حكمه بوجهٍ ، فصارت .....[1] العول في الفرائض المسماة في المواريث .

/ وأما حجتهم . ١٧٨/ب

قالوا : الوصية بما زاد على الثلث وصية تناولت حق الغير فإذا رد الغير ذلك منه لم يضرب به .

دليله : الوصية بمال الجار ، وربما يقولون وصية بما لم يجعل له الوصية به فلا يثبت به حق الضرب، ودليل الوصف أن حق الورثة ثابت في الثلثين ، والوصية تناولت هذا الحق ، ولأن الوصية جازت بخلاف القياس ، لأنه تمليك بعد الموت ، وإنما جازت بإطلاق الشرع ، والشرع إنما أطلق الوصية بالثلث لابما زاد عليه بدليل قوله عليه الصلاة والسلام " الثلث ، والثلث

---

(١) الكلمة مطموسة في المخطوط ولعل العبارة " على التفاضل مثل " وقد وَرَدَ مثل هذه العبارة في الحاوي ٢٠٧/٨ .

كثير .... " .[1]

ولأنه عليه الصلاة والسلام قال : إن الله تعالى تصدق عليكم بثلث أموالكم في آخر أعماركم زيادة في أعمالكم ....) .[2]

وحرفهم : ان الوصية لمالاقت حق الغير بطلت برد الغير ، والضرب بالوصية الباطلة باطل .

قالوا : وقولكم ان الوصية تبقى صحيحة في إثبات المفاضلة " . لايصح ، لأن إثبات المفاضلة فرع الإستحقاق ، لأنه عقد استحقاق فإذا لم يصح الوصية في الإستحقاق لم يصح فيما هو تبع له .

ألا ترى أنه لو أوصى لواحدٍ بالثلث ولوارثه بالثلث فبطلت الوصية للوارث استحق الأجنبي كل الثلث ، ولايقال ثبتت الوصية في ادخال النقص على الأجنبي حتى يرتد وصيته إلى النصف بل قيل هذا تبع الإستحقاق فإذا بطلت الوصية في الإستحقاق بطلت فيما هو تبع له .

قالوا : ولاتلزم الوصية بالألف والألفين ، والثلث يضيق عنهما ، لأن تلك الوصية لم تلقِ حق الغير بيقين فإنها محتملة للجواز من غير إجازة الورثة بخلاف مسألتنا فإن الوصية بما زاد على الثلث لاقت حق

---

(١) رواه البخاري في صحيحه : ٣٦٩/٥ مع الفتح ، باب الوصية بالثلث .
ومسلم في صحيحه : ٧٧/١١ مع النووي ، باب الوصية بالثلث .

(=) والترمذي في سننه : ١٩٧/٤ ، ١٩٨، مع العارضة ، باب ما جاء في الوصية بالثلث .
وأبو داود في سننه : ٢٨٤/٣ ، ٢٨٥ مع المعالم ، باب ما جاء مالايجوز للموصي في ماله .

(٢) رواه ابن ماجة في سننه : ٩٠٤/٢ ، باب الوصية بالثلث .

الغير بيقين ، لأنها لاتحتمل الجواز إلا بالإجازة من الورثة .

وعلى مثال هذا اعتذروا عن الوصية بالثلث ، والثلث والسدس ، لأن الوصية لم تلاق حق الغير ، ألا ترى أن كل واحد من الوصيين يحتمل الجواز من غير إجازة الورثة بأن يرد أحدهما الوصية فيجوزّ الثاني .

واعتذروا عن المحاباة بالألف والألفين ، وعن عتق العبد الذي يساوي ألفاً والذي يساوي ألفين وضاق الثلث عنهما بمثل عذرهم عن الوصية بالألف والألفين وضاق الثلث عنهما .

الجواب :

أما قولهم : " **ان الوصية لاقت حق الغير** " .

إنْ عنوا ملكاً، لانسلم ، وإنْ عنواً منعاً عن البخس بحقهم في الثلثين ، فمسلم ، ولكن قد منعنا ، وإنما ابقينا الوصية لمعنىً لاتعلق له بحقهم على ما سبق بيانه " .

أما قولهم : " ان إثبات المفاضلة بين الموصى لهما تبع للإستحقاق ، لانسلم ، بل هو أصل ، لأن إثبات المفاضلة نص كلامه ، وأيضاً فإن إثبات الزيادة للموصى له بالنصف مقصود له مثل إثبات أصل الحق ، وأما مسألة الوصية للوارث والأجنبي فنحن نقول : ان الوصية للوارث بالثلث باطلة أصلاً ، ولاتجوز بالإجارة بخلاف مسألتنا .

وأما عذرهم عن الوصية بالألف والألفين يبطل بما لو أوصى بعبدٍ قيمته نصف ماله وبعبدٍ قيمته ثلث ماله فلم يجز الورثة فإن عندهم يتضاربان بالسوية وإن كان لم يصادف حق الغير بيقين ، لأنه لو زاد ماله وخرجت الوصيتان من الثلث صحتا من غير إجازة .

وأما عذرهم عن الوصية بالثلث والسدس ، فالإلزام كلتا

الوصيتين لا إحديها ، ولايتصوّر جواز كلا الوصيتين إلا بإجازة ، وأما الذي ذكروه إنما هو تصوير في إحديهما ، والإلزام قائم .

والله أعلم بالصواب .



(مسألة)

إذا أوصى بجميع ماله ولا وارث له ، لم يصح إلاّ في الثلث عندنا .[1]

وعندهم : يصح في الجميع .[2]

لنا : ان المسلمين ورثة فإذا أوصى بجميع ماله لم يصح إلاّ في الثلث ، كما لو كان له ورثة من الأقرباء .

والدليل على أن المسلمين ورثة انهم يعقلون عنه ، والعقل قرينة الإرث بدليل قوله ﷺ (الخال وارث مَنْ لاوارث له يرث ماله ويعقل عنه) .[3] ، ولأنه لو قُتل وجب القصاص .

يبينه : ان الإمام يقتص من القاتل ، ولايخلو إما أن يقتص نيابة عن الله تعالى أو عن المسلمين ، ولايجوز نيابة عن الله تعالى ، لأن ليس القصاص بحق الله فدل انه نيابة عن المسلمين ولهذا المعنى لو انقلب دية تكون الدية لهم ، ولأن المسلمين يملكون تركته كالأخوة من بعد موته بسبب الأخوة في الدين فصاروا حيث النسب لما ملكوا تركته بعد موته بسبب الأخوة في القرابة كانوا ورثته ، كذلك ههنا .

---

(١) الأم : ٢٩/٤ ، المهذب : ٥٨٨/١ ، النكت ورقه ١٨٦/ب ، الحاوي : ١٩٥/٨ ، معالم السنن : ٢٨٥/٣ .
وهو رواية عن الإمام أحمد وبه قال : مالك ، والأوزاعي ، وابن شبرمة .
انظر المغني : ٥١٦/٨ ، الاشراف للبغدادي : ٣٢٣/٢ .

(٢) وبه قال ابن مسعود ، وعبيدة السلماني ، ومسروق ، وإسحاق وهو رواية عن أحمد ، المبسوط : ١٨/١٩ ، المغني : ٥١٦/٨ ، مختصر الخرقي : ٥١٦/٨ (مع شرحه المغني) ، معالم السنن : ٢٨٥/٣ .

(٣) تقدم تخريجه في مسألة ذوى الأرحام (كتاب الفرائض) .

وأما حجتهم :

رووا عن ابن مسعود [1] مثل مذهبهم .

قالوا : ولأن جميع ماله في هذه الصورة مثل ثلث ماله إذا كان له ورثة، فإذا جاز هناك وصية في ثلث ماله جازت ههنا في جميع ماله .

وإنما / قلنا ذلك ، لأن الوصية بثلث ماله إنما صحت لأنها **١٧٩/أ** صادفت خالص حقه فصحت ، وأما الوصية بمازاد على الثلث صادفت حق الغير وهم الورثة على ما سبق فلم يجز ، وههنا وصية بجميع ماله صادفت خالص حقه لأنه ليس له ورثة حتى يتعلق حقهم بماله فنفذ وصيته كما نفذت في الثلث في الصورة الأولى .

والدليل على أن المسلمين ليسوا بورثة انه لاسبب لإرثهم .

وهذا لأن أسباب الإرث محصورة ، ولم يوجد شئ منها ، ولأنه لو أوصى لواحدٍ من المسلمين فإنه يجوز ، ولو كانوا ورثة لم يجز ، لأن الوصية للوارث باطلة .

قالوا : " وأما وجوب العقل في بيت المال يمنع إهدار الدم " .

وأما القصاص ، قالوا : " ممنوع بل لايجب " .

قالوا : " وأما قولكم إنهم يملكون ماله بعد موته "

قالوا : إنما وضع في بيت مال المسلمين من حيث انه مال ضائع فللمنع من الضياع صرف إليهم ، لا لأنهم ورثة ، وهذا لأن موضع المال الضائع بيت المال ، وبيت المال حق المسلمين فلا يجوز أن يمنع من الوصية بحق بيت المال ، لأن العقد متى صدر من المالك في ملكه لايُمنع منه إلاّ

---

(١) انظر المغني : ٥١٦/٨ ، المبسوط : ١٨/١٩ .

بحقٍ قائمٍ في المحل ، فإن الأصل ان العقد من الإنسان يصح بملكه " .
وإنما يُمنع منه لحق غيره ، كما في مسألة الراهن فإن الراهن يُمنع من تصرفه في المرهون لحق المرتهن وهو حق قائم في الحال فيستقيم إحالة المنع عليه .
وإذا ثبت هذا الأصل فحق الورثة فيما زاد على الثلث حق قائم في حالة المرض على ما ذكرنا في كتاب الإقرار فقيام حقهم يمنع تصرف المريض فيه ، فأما في مسألتنا فلا حق للمسلمين في حالة المرض ، لأنهم ليسوا بورثة ، وإنما الموت حصل لا عن استحقاق فلو لم يضع في بيت المال ضاع والضياع يكون بعد الموت لهلاك مالكه وعدم وارثٍ يملكه فصار حق بيت المال ثابتاً بعد الموت فلم تصادف الوصية حقاً قائماً حتى يكون ذلك الحق مانعاً منه ، وإنما نهاية ما في الباب أن تصرفه منع الصرف إلى المسلمين أو منع ثبوت حقهم بعد الموت ، وهذا لايصلح مانعاً من التصرف بعد ان صادف تصرفه ملكه ، لأنه ما من تصرفٍ بالتمليك إلاّ وهو مانع من ثبوت حقٍ كالتمليك في حال الصحة يمنع ثبوت الحق بالمرض ، وإنما المانع حق قائم في الحال يعترض التصرف عليه بالإسقاط ولم يوجد في مسألتنا ، هذا عمدتهم .
قالوا : ولايجوز أن يقال مازاد على الثلث ليس بمحل الوصية أصلاً ، لأن القياس أن لاتجوز الوصية ، لأنه تمليك معلق بالموت فصار كما لو علقه بسبب آخر ، ولأنه تمليك في مجهولٍ أو معدومٍ فلايجوز واحد منهما ، وإنما جازت بالشرع والشرع وَرَدَ بها في الثلث خاصة بدليل خبر سعدٍ المعروف في الباب فخرج مازاد عليه على المحلية ، وذلك لأن مازاد على الثلث محل الوصية لأن الوصية عقد تمليك فإذا كان الثلث محلاً له كان جميع المال محلاً له كسائر الحقوق ، ولأن الورثة

لو أجازوا جاز ، ولو كان مازاد على الثلث ليس بمحل الوصية أصلاً لم يجز وإن أجازوا .

قالوا : ولايجوز أن يقال : انه يجوز هبةً من قبل الورثة ، لأنه لو كان هبة لكان لايجوز في المجهول ، ولو أوصى بجميع ماله لإنسانٍ فأجاز الورثة جاز ، وإذا جعلنا هبة من قبل الورثة لم تصح ، كما لو وَهَبَ جميع ماله ، ولأنه لايفتقر إلى القبض ولو سلكوا هبةً لم يملكوا قبل القبض ، ولأنه تجوز الوصية بما تلده أغنامه وبما يثمر نخيله فيما زاد على الثلث إذا أجاز الورثة ولو كان جوازه جواز الهبات لم يجز .

قالوا : وأما قولكم تمليك متعلق بالموت " .

فلا يصح ، لأنه إنما لايجوز تعليق الملك بشئ في حال الحياة أما إذا علّقه بالموت على جهة الوصية يجوز ، كما يتعلق بالموت على جهة الوراثة .

الجواب :

انا بيّنا ان المسلمين ورثة ، وعلته الإعتماد .

وقولهم : " **إن الوراثة لابد لها من سبب** " .

قلنا : سببها الأخوة في الدين .

فإن قالوا : ما قولكم في كافرٍ يموت وليس له وارث من الكفار ؟

فإن في هذه الصورة لايجوز أن يقال ان المسلمين ورثة له ، لأن اختلاف الدين يمنع الإرث والخلاف في الصورتين واحد .

الجواب :

إذا قلنا : لايرثه المسلمون ينبغي أن تجوز وصيته بجميع المال وإن منعنا وصيته بجميع المال كما يمنع وصيته للمسلمين نقول : إن المسلمين يرثون من الكفار بولاية الحماية ، واختلاف الدين مانع من الإرث بجهة القرابة

لابجهة الإسلام .

وأما الذي تعلقنا به من فصل تحمل العقل ووجوب القصاص ، فتعلق صحيح ، لأن القصاص باطل على قول أبي حنيفة ومحمد / **١٧٩/ب** وإنما لايجب على قول أبي يوسف .

وأما قولهم " **ان تحمل العقل كان يمنع إهدار الدم** " .

قلنا : أوجبوا الدية في مال القاتل حتى لاتهدر ، كما لو أقر بالقتل ولم تصدقه العاقلة تجب الدية في ماله .

وأما قولهم : " لو أوصى لبعض المسلمين يجوز " .

قلنا : المنع من وصية الوارث حتى لايوجد الجمع بين الوصية والإرث .

وهنا لاجمع ، لأن الإمام يجوز أن لايُضعْ من الموُصَى له شيئاً .

فإن قالوا : ما قولكم اذا وضع " .

قلنا : ينبغي أن لاتجوز الوصية حتى لايؤدي الى الجمع بين الوصية والإرث والذي قالوا : ان الإرث غير ثابت للمسلمين لكن توضع التركة في بيت المال لأنه مال ضائع .

قلنا : ما من تصرفٍ في جهة إلاّ وإذا لم يصرف اليها يكون ضائعاً ، وعندنا لاضياع أصلاً ، لأن المسلمين ورثة . والله تعالى أعلم .

□□□□



(مسألة)

إذا أوصى إلى إنسانٍ في شئ لايصير وصيّاً في كل الأشياء عندنا .[1]

وعندهم : يصير وصيّاً في كل الأشياء .[2]

وعلى هذا لايجوز للمُوصَى أن يوصى إلى غيره[3] ، وعندهم : يجوز .

لنا :

انه متصرف بالأمر فلم يتعد تصرفه عن ما أُمر به إلى غيره .

دليله : الوكيل ، والدليل على أنه متصرف بالأمر انه يقول له : " تصرف بعد موتى " وهذا أمر .

وقوله " أوصيتُ إليك أو غوّضت إليك ، أو تصرف " فإن الكل بمعنىً واحد .

يدل عليه : ان الأمر يقتضى فعل المأمور ، ويمكن أن يقال : إن الأمر بصيغته يقتضي الإئتمار ، والإئتمار فعل المأمور ، والمأمور ما نُصّ عليه في الأمر . وأما التصرف في غير المأمور أو تفويض الأمر إلى غيره فكل ذلك ليس من الإئتمار في شئ إذ هو غير الإئتمار فلا يملكه .

وأما حجتهم :

ذهبوا إلى طريقين :

---

(١) المهذب : ٦٠٥/١ ، النكت ورقة ١٨٧/ب ، الحاوي : ٣٣٦/٨ .
وبه قال الصاحبان وبه أخذ الطحاوي والحنابلة .
انظر مختصر الطحاوي ص ١٦٢ ، المغني : /٥٥١ .

(٢) مختصر الطحاوي ص ١٦٢ ، الأسرار : ٢٣٨/٢/أ مراد ملا .

(٣) المهذب : ٦٠٥/١ ، الحاوي : ٣٣٦/٨ ، النكت ورقه ١٨٧/ب .

أحدهما : انه متصرف بالولاية فلا يختص تصرفه بشئ دون شئ .

دليله : الجد .

والدليل على أنه متصرف بالولاية أن الوصية إثبات خلافة في التصرف كما أن الوصية إثبات خلافة في الملك .

والدليل عليه :

أن أمره يسقط بموته فلا يجوز أن يتصرف غيره بأمره لأن مَنْ لا أمر له لايتصرف عن أمره غيره .

وإنما طريق تصرفه أن بالوصاية يصير خليفة له في التصرف على معنىً انه يكون قائماً مقامه شرعاً مثل الأب والجد في حق الطفل ثم إذا صار خليفة يتصرف حينئذ بذلك لا بأمره ، إلاّ أن سبب هذه الخلافة هي الوصاية ، وقد ثبت سبب خلافته له في الحال ، ويظهر بعد الموت ، لأن عمل الخلافة أن يقوم مقامه وذلك يكون بعد هلاكه وإنعدامه ، وهذا كما تقول : في القريب انعقد له سبب الخلافة في حال الحياة ثم يكون له خليفة بعد الموت في الملك كذلك ههنا انعقد له سبب الخلافة في حال الحياة ثم زمان خلافته بعد الموت ، فثبت انه متصرف عن ولايةٍ لا أمر فلم تختص ولايته بشئ دون شئ .

دليله : سائر الولايات لأربابها .

واستدلوا من حيث الحكم في أنه متصرف عن ولايةٍ لا عن أمر : بأنه لو أطلق الوصاية يصير وصياً ، ولو كان تصرفه عن أمر لم يصح ما لم يعيّن المأمور به كما نقول في الوكيل ، ولأنه لايصح الوصاية الى الفاسق ولو كان تصرفه عن أمرٍ لم ينافه الفسق كالوكيل .

وأما الطريقة الثانية :

قالوا : الشئ تارة يثبت نصاً وتارة يثبت دلالة وقد يوجد بدليل الوصاية في الباقي ان لم يوجد النص ، وذلك الدليل هو انه مختار الميت في البعض ، ومختار الميت في بعض أمره أولى بالتصرف ممن ليس بمختار له في شئ من أمره ، وهذا لأنه لابد في الباقي من قيم ينصبه القاضي ، وهذا الوصي مختاره في البعض ، والقَيِّم ليس له بمختارٍ في شئ ما ، فيكون مختاره في بعض أموره أولى ممن ليس بمختارٍ له في شئ على ما ذكرناه ، أو يكون رضاه بتصرفه في بعض الأشياء رضى بتصرفه في باقي الأشياء وليس كالوكيل ، لأن الموكل من أهل التصرف بنفسه فلا يكون اختياره في بعض الأشياء دليلاً على اختياره في باقي الأشياء بخلاف مسألتنا على ما سبق .

قالوا : وأما توقيت الوصاية إنما صح على معنىً انه إذا قال : أنت وصيّ ما لم يقدم فلان " فلا يكون الحاضر خلفاً عن الغائب وإذا حضر الغائب فقد ظهر الأصل ولابقاء للخلف مع الأصل فسقط حكم الخلف مع وجود الأصل .

قالوا : وعلى هذا يجوز للوصي أن يُوصي ، لأنا ان جعلنا المُوصي متصرفاً بالولاية فيجوز له الإستنابة ، وكذلك إذا قلنا بالخلافة فيجوز أن يعقد بسبب الخلافة لغيره حتى يكون ذلك الغير قائماً كما انه قام مقام الغير ، وكذلك وَصُيٌّ وصيّه مختار مختاره / فيكون **١٨٠/أ** مختار مختاره أولى من مختار غيره .

الجواب :

ان عندنا تصرف الوصي عن أمرٍ بدليل المحسوس الذي بيناه أنه يقول :

«امرتُك كذا " فيفعله المأمور ، ولايعرف الأمر والتصرف عن أمرٍ إلاّ بهذا .

وأما قوله : " إن الوصاية إثبات خلافة " .

قلنا : إثبات الخلافة لايعرف فنقول لهم ما معنى هذا ؟ .

قالوا : معناه انه يعقد لغير سبباً حتى يقوم ذلك الغير بذلك السبب مقامه ويصير كانه هو في التصرف ، وكذلك في الوصية يعقد لغيره سبباً في الثلث حتى يقوم ذلك الغير بذلك السبب مقامه ويصير كأنه هو في الملك " .

قلنا : هذا الذي قلتم من أين قلتم انه يُملّكه ؟ " .

قالوا : للحاجة .

قلنا : وأين الحاجة ؟ .

قالوا : لأنه يبطل أمره بموته فلا يصح تمليكه بعد موته فلا يتصور تصرف الوصي وملك الموصي له إلاّ على هذا الوجه الذي قدمنا .

قلنا : إنما يبطل أمره بموته إذا عقد عقد الأمر في زمان الحياة فإذا انتهت الحياة ارتفع الأمر ، فأما إذا عقد العقد لأمرٍ بعد موته فكيف يبطل بموته ؟ .

فإن قالوا : لايصح أمره بعد موته لأن أمره إذا بطل في حق نفسه بطل في حق غيره .

قلنا : لا ، بل أمره بعد موته قائم باقٍ .

والحرف : ان عندنا بقى أمره بعد موته في ماتتناوله الوصاية شرعاً بعد موته ليصح تصرف وصيّه ، وكذا في الوصية يبقى ملكه بعد موته شرعاً بقدر ما يصح تمليكه نيه فيكون الوصي متصرفاً عن أمره ، والموصي له مالكاً عن تمليكه ، وهذا لأن الملك سبب مطلق للتملك ، لأن صحته

بأمثلةٍ قد عرفناها في أصول الشرع .

فأما اطلاق نصب خليفة عن نفسه حتى يصير خليفة كأنه هو واستنابة في أمور الدنيا نائباً عن نفسه في أملاكه وتصرفاته ويصير ذلك الخليفة على مثاله في حال حياته ، فهذا أمر لايعرف ولادليل على ذلك لامشروعاً ولامعقولاً .

وأما قولهم : " لو أطلق الوصاية يصير وصيّاً " .

قلنا : فيه وجهان .[1]

وعلى أنا إنْ سلمنا فهو بدليل العرف .

وأما الوصاية إلى الفاسق فقد منعوا أيضاً ، وان سلمنا فمنع الوصاية إليه نوع نظرٍ زائدٍ من قبل الشرع حتى يكون نصبه مَنْ يتصرف له بعد موته وسقوط تسلطه عليه بالعزل والتنفية من يكون له نظر في تصرفه له ويكون مأمون الخيانة من جانبه .

وأما الطريقة الثانية :

قلنا : دعوى دليل الوصاية في الباقي دعوى باطله ولادليل عليه أصلاً. أما قولهم " انه مختاره في البعض " .

قلنا : لادليل في اختياره في البعض على اختياره في الباقي .

قالوا : لابد من قيّم في الباقي .

قلنا : نعم ، ويعيّنه القاضي ، ويكون نصب القاضي كنصبه .

قالوا : منصوبه أولى .

قلنا: ولِمَ ؟ وهذا لأن تعميم تصرفه إبطال تخصيصه ولايجوز إبطال تخصيصه من غير ضرورة ، وهذا لأنه وجد لتخصيصه وجه فائدة ، وهو أنه يعلم

---

(١) انظر : المهذب : ١٠/ ٦٠٥ ، النكت ورقه ١٨٧/ب .

من هدايته وأمانته في هذا النوع مالايعرف في سائر الأنواع ، فإذا وجدنا لتخصيصه فائدة فلا وجه لإبطاله أصلاً .

ثم يقال لهم أيضاً : إنما يصار إلى الدليل عند عدم الصريح ، وعندكم لو قال: "تصرّف في كذا ولاتتصرّف في كذا " يعم تصرفه ، ولادليل ههنا .

وكذلك قد قلتم : لو أوصى إلى إنسان في الدّين ، وإلى آخر في العين يكون كل واحد منها وصيّاً في الكل ولادليل ههنا ، لأنه قد اختار في الباقي غيره نصاً والدليل يسقط مع النص على خلافه .

وفصلُ توقيت الولاية لازمٌ ، وجواز التوقيت دليل على جواز التخصيص .

والذي قالوا : خلف وأصل " .

فليس بشئ ، لأنه لو أوصى الى فلان سنة أو إلى رأس الشهر يصح توقيته وإن لم يوجد مَنْ يكون خلفاً عنه أو أصلاً له وإن منعوا " ففيما ذكرناه غُنية .

(مسألة)

الوصية من الإنسان لقاتله صحيحة عندنا .[1]

وعندهم : لاتصح .[2]

وصورته : إذا جرح إنساناً ، وأوصى المجروح للجارح ثم هلك بالجراحة .

وللشافعي قول آخر مثل قول أبي حنيفة .[3]

وقال بعض أصحابنا : إذا أوصى لإنسان وقتله الموصي له بطلت الوصية قطعاً قولاً واحداً[4] ، وفي الصورة الأولى : قولان .[5]

ومنهم مَنْ قال في الصورتين : قولان .

وهذا هو الأولى وهو المستمر في النظر .

لنا :

انه عقد تمليك أو تمليك بعقد فيجوز مع جارحه ولايبطل بقتله .

دليله : الهبة .

وقولنا : " عقد تمليك " ، لأن الواجب عقد وهو تمليك ، لأن

---

(١) الحاوي : ١٩١/٨ ، المهذب : ٥٨٩/١ ، النكت ورقه ١٨٤/ب ، الروضة : ١٠٧/٦.

وقال النووي : " أظهرهما عند العراقيين والإمام والروياني الصحة كالهبة..." أهـ .

(٢) مختصر القدوري : ٣٦٩/٢ (مع الجوهرة) ، بدائع الصنائع : ١٨٥٧/١٠ .

(٣) انظر المهذب : ٥٨٩/١ ، النكت ورقه ١٨٤/ب ، الروضة : ١٠٧/٦ .

(٤) منهم الماوردي في الحاوي : ١٩١/٨ ، وذكر ذلك النووي في الروضة : ١٠٧/٦ .

(٥) الروضة : ١٠٧/٦ .

الثابت به الملك .

وأما فقه المسألة : وهو أن عقد التمليك صحته بالرضا وثبوته بالإثبات بعد أن يكون صادراً من أهله في محله ، وقد وجد في مسألتنا ، لأنه أثبت الملك له بالوصية ورضى بثبوته له وإن كان جارحاً له **/ ١٨٠/ب** خائفاً من الهلاك بجرحه وهذا لأنه لو أوصى له بعد جرحه فعلى القطع يحكم بوجود الرضا .

فإن قالوا : إنْ استقام هذا في هذه الصورة فلايستقيم فيما لو أوصى لإنسان ثم قتله المُوصَي له .

قلنا : نقول في هذه الصورة قد وُجِدَ النص في تمليكه وهو صريح في الرضا ، والعمل العارض محتمل يجوز أنه تكره به الوصية ويجوز أن يبقى على رضاه ، لأن نهاية ما في الباب أن يحسن إلى مَنْ يُسيءُ إليه وَيَبُرُّ عدوه ، وهذا شيءٌ مندوب إليه شرعاً وهو من أخلاق النبوة التي استحق بها المدح لقوله تعالى (**وَإِنَّكَ لَعَلَى خُلُقٍ عَظِيمٍ**) [١] ، وهو معنى قوله عليه الصلاة والسلام فيما ذكر عن جبريل انه قال عن ربه تعالى : (صل مَنْ قطعك ، واعف عن مَنْ ظلمك ، واعط مَنْ حرمك..) [٢] ولهذا المعنى تصورّ أن يوصي له ابتداءً بعد جرحه إياه ويهب له شيئاً ، وعندنا فعله مشروع جائز في الصورتين .

وعندهم : تجوز الهبة ولاتجوز الوصية .

فإن قالوا : لاتجوز الهبة ، لأن حكمها حكم الوصايا .

---

(١) سورة القلم آية (٤) .

(٢) رواه الامام أحمد في مسنده : ١٤٨/٤ ، ١٥٨ . وليس فيه انه حديث قدسي

قلنا : قد صح في الحال متى ملك الموهوبُ له الموهوبَ ثم ينفسخ بعد الموت .

وأما حجتهم :

قالوا : ملك الموصى به ملك على سبيل الإرث فيمنعه القتل .

دليله : نفس الإرث .

وإنما قلنا : " ملك على سبيل الإرث " لما بينّا ان الوصية إثبات خلافة في ملك الثلث ثم إذا صار خليفة له يعقد سببه له فملك حكماً بعد موته كالقريب ، وكما تقول في عقد النكاح فإنّه سبب لثبوت الخلافة للزوج أو الزوجه ملكاً في النصف أو الربع للزوج ، وللمرأة في الربع أو الثمن ، وإذا كان الملك على سبيل الإرث فيكون حكمه حكم الإرث .

وقالوا : على هذه الطريقة على قولنا : " انه عقد تمليك " ان المُوصَى له لايملك بعقد تمليكه ، وإنما يملك حكماً بالسبب الذي قدمناه .

وقد سلكوا طريقة أخرى وقالوا : الملك في المُوصَى به يتعلق بالموت بعينه ، والقتل موت في حق المقتول ، وليس بموتٍ في حق القاتل ، لأن الموت انتهاء مدة الحياة وهذا صحيح في حق المقتول ، أما في حق القاتل فلا ، لأن في حق القاتل قد جُعِلَ كأنه قطع عليه حياته ، ألا ترى أنه يجب عليه القود في العمد ، والدية في الخطأ .

ولايتصور وجوب هذا عليه بإنتهاء مدة حياته ، وإذا لم يكن موتاً في حقه ، والوصية ملك متعلق بالموت بعينه ، لأنه لايتصور لغيره مثل الميراث فلم يثبت له الملك المُوصَي له مثل مالايثبت للوارث .

والمعنى في الموضعين واحد وهو ما قلنا .

قال : وليس كالمدبر إذا قتل سيده ، لأن العتق غير متعلق بالموت بعينه

في المدبر ، ألا ترى أنه يتعلق به وبغيره بخلاف مسألتنا .

الجواب :

أما الأول فقد سبق الكلام عليه في المسألة الأولى ، وذكرنا أن الوصية عقد تمليك بعد الموت ، وهو مثل الهبة في حال الحياة وتكلمنا على طريق الخلافة وخرج الإرث ، لأنه ليس بعقد تمليك يكون ركنه الرضا ، وإنما هو ملك حكمي فيتبع فيه مورد الشرع ، وأما هذا لما كان عقد تمليك اعتمد أهلية التمليك من الملك ومحلية الملك في المال .

والدليل على الفرق بين الإرث والوصية : ان الوصية للذمي جائزة والإرث لايثبت مع اختلاف الدين بحالٍ .

ويدل عليه : أنه لاجواز لإرث القاتل ، وفي الوصية قد قال المخالفون : انه لو أوصى لقاتله وأجاز الورثة جاز ، فإنْ طلبوا المعنى في منع القاتل الإرث امتنعنا بجهدنا والتمسنا منهم تحقيق الشبه بين الإرث والوصية ، وأنْ وقعت الضرورة فالوجه ما ذكرنا من اعتبار شرط الموالاة وانقطاعها بالقتل كما ينقطع باختلاف الدين ، وهذا لأن أهل دار الحرب مستعدون للمحاربة مع المسلمين بحكم الدين فانقطعت الموالاة بين الحربيين والذميين ، والقاتل محارب حسّاً وحقيقةً فلأن تنقطع به الموالاة أولى .

وأما في أهل الذمة وجد سبب انقطاع الموالاة بصورة اختلاف الدين ، وأما الوصية فلا يشترط في ثبوتها وجود الموالاة بدليل جوازها مع اختلاف الدين .

فإن قالوا : ههنا معنى أحسن من هذا وهو أنه بقتله استعجل ما أخره الله عنه فيعاقب بضده وهو الحرمان ، وهذا المعنى في الوصية موجود .

قلنا : هذا لايطرد ، لأن النائم والمخطئ يحرمان الإرث ولم يوجد منهما استعجال .

وفي مسألة المدبر إذا قَتَلَ سيدَه قد وجد الإستعجال الذي قالوه ومع ذلك ...[1] بالإجماع ، وعلى أنه قد تمكن ابراز معنىً آخر على الطريقة التي قالوها في / الخلافة ، ويكون ذلك المعنى مخيلاً في منع **١٨١/أ** الإرث دون الوصية ، وذلك المعني هو : أن الوارث خليفة المورث شرعاً قائماً مقامه كأنه هو ، ولهذا كان يملك التركة ملك بناء لاملك ابتداء بدليل انه لاينقطع حول المورث بملكه ، وبدليل انه يرد بالعيب على بائع مورثه ، وإذا كان ملك بناء فتصير مالكية الميت كأنها مطردة مستمرة ويصير كان الميت حي من هذا الوجه .

وإذا ثبت هذا الأصل فنقول : القتل قاطع ملك المقتول مزيل إياه ، وقد جعل الوارث كأنه هو المورث ، وإذا قَتَله فكأنه قتل نفسه ، وقتل نفسه يزيل ملكه فقتله مورثه مزيل أيضاً بناء ملكه على ملكه وقيام مقامه أو يصير بقتله كأنه قتل نفسه ، والهالك لايرث فَمَنْ جُعِلَ من هذا كالهالك لم يرث أيضاً ، وهذا لايرد في الوصية ، لأن ملك الموصى له ملك ابتداءً وليس بملكِ بناء ، بدليل عكس ما ذكرنا .

وهذا كلام لابأس به ، والمعتمد ما سبق .

وأما الطريقة الثانية :

فليست بشئ ، لأن القتل موت قطعاً وان لم يكن الموت قتلاً وللإنسان أجل واحد يدرك يومه ويموت بأجله ويهلك بقدره .

---

(١) كلمة مطموسة في المخطوط .

وأما وجوب القصاص والقود فليس لأنه القتل ليس بموتٍ ، بل لأن الموت ليس بقتلٍ ، وعلى أنه ان كان يجب على القاتل فيجب للمقتول ، وكما لايتصور أن يموت ويجب القصاص على غيره فلا يتصور أن يموت ويجب له شئ ، بل إنما وجب بارتكابه محظور الشرع وجنايته على المحل بفعل غير جائز له ذلك .

وعلى أن النقض بالمدبر متوجه .

وقولهم : " **إن العتق غير متعلق بالموت بعينه** " .

ليس كذلك ، بل في هذا الموضع متعلق بالموت بعينه ألا ترى انه قال : إنْ متُ فأنت حُرٌ بعد موتي " .

وقولهم : " **انه يتعلق بغير الموت** " .

قلنا : بلى ، ولكن لايكون عندهم كالمتعلق بالموت على ماذكروه في بيع المدبر .

والله تعالى أعلم بالصواب وهو المهدي إلى الرشاد .

□□□□

مسألة :

المُودع إذا خالف الوديعة ثم ترك الخلاف لم يبرأ من الضمان عندنا .[1]

وعندهم : يبرأ .[2]

والمسألة تحقيقها يرجع إلى أن عقد الوديعة ، هل ارتفع بالخلاف أم لا ؟ .

عندنا : قد ارتفع .

وعندهم : لم يرتفع .

لنـا :

أن يد الوديعة قد زالت فارتفع عقد الوديعة كما لو ردّ الوديعة إلى مالكها أو استرد المالك ، وهذا لأن قيام عقد الوديعة بيد الوديعة فإذا زالت يد الوديعة زال عقد الوديعة .

وإنما قلنا : " ان يد الوديعة قد زالت " وذلك لأن الشئ قد دخل في ضمان المودع وهذا الضمان ضمان عدوانٍ ، والعدوان عدوان يدٍ ، ولايتصور بقاء يد الوديعة مع وجود العدوان ، ثم الدليل على أن يد الوديعة صارت يد عدوانٍ : أن الوديعة لو هلكت في حالة الركوب لا من

---

(١) المهذب : ٤٧٦/١ ، النكت ورقه ١٧٢/ب ، الروضة : ٣٣٤/٦ .

(٢) الأسرار : ١٧٦/١/أ (مراد ملا) ، المبسوط : ١١٤/١١ ، رؤوس المسائل ص ٣٥٧ ، إيثار الإنصاف ص ٢٦٢ .

قال سبط ابن الجوزي في الإيثار " وصورة المسألة إذا كانت الوديعة ثوباً فلبسه أودابة فركبها "

وتفسير العود إلى الوفاق : ترك اللبس والركوب ، ومعاودة الحفظ للمالك ".

الركوب أو في حال اللبس لامــن اللبس يجب عليه الضمان ، ولاسبب لهذا الضمان سوى يد العدوان فإنْ منعوا هــذه المسألة .

وقالوا : لايجب فيقال لهم : يقول صاحبكم : إنه بريئ عن الضمان بترك الخلاف " . ومن أيّ ضمان يبرأ ؟ .

إنْ قلتم من ضمانٍ يجب بالإتلاف من لبسٍ أو ركوبٍ فلا يبرأ من هذا بالإجماع ، وإنْ قلتم من ضمانٍ يجب بتلفٍ يحصل لابفعله فقد ثبت أن الشئ قد دخل في ضمانه وان يد الوديعة زالت الى يد التعدي وصار بمنزلة غاصبٍ .

ولأنهم قالوا : لو اختلف المودع مع المالك فقال المودَع : ما خالفتُ في الوديعة وادّعى المالك الخلاف فالقول قول المودَع ، لأنه انكر الضمان .

ولو أقر المودَع بالخلاف ثم قال : قد تركتُ الخلاف فالقول قول المالك انه لم يترك، لأنه يدّعى البراءة عن الضمان بعدما أقر به فلا يُصدق ، ولو لم يكن الخلاف سبباً للضمان بنفسه لما صار مقراً بالضمان باقراره بالخلاف ، ولكان بدعواه ترك الخلاف منكراً أصل الضمان فيكون القول قوله .

وقال أيضاً في المودَع إذا باع الوديعة فهلك عند المشترى ثم جاء المالك وضمن المودَع فإن البيع ينفذ ولو لم يصر ضامناً بالخلاف / **١٨١/ب** باقدامه على البيع لما مَلَكه لأن الملك يستند إلى وقت وجوب الضمان ثم ينفد البيع فعلمنا بجواز البيع على أصولهم انه بالخلاف قد دخل الشئ في ضمانه فصار بمنزلة غاصبٍ ، ولأن يد الوديعة يد بلا خلافٍ فاليد مع الخلاف لاتكون يد الوديعة وإذا ذهبت يد الوديعة لابد من أن تكون اليد التي تخلفها يد عدوانٍ ويد العدوان على الشئ يوجب دخول الشئ في

ضمانه .

فثبت أن يد الويعة قد زالت ، ثم الدليل على أن الوديعة إذا زالت زال عقد الوديعة أن قيام عقد الوديعة بعد تسليم الوديعة يد الوديعة بدليل أنه لو ردّها إلى مالكها ارتفع عقد الوديعة ، وليس له أن يستردها بناء على العقد الأول ، ولأنه لو بقى لبقي لإعادة اليد ، ولايجوز أن يبقى لإعادته اليد في الوديعة ، لأن إثبات اليد انما يملكه المودَع في الإبتداء بحكم أمر المالك وقد امتثل الأمر وأثبتها ، والإثبات ثانياً يحتاج إلى أمر جديد ، وهذا لأن الأمر بالشئ لايقتضيه إلاّ مرة واحدة فقد حصل إمتثال المأمور به ففعله ثانياً لايملك إلاّ بأمر جديدٍ من الأول .

والحرف : انه ليس من العقد الأول دليل على الأخذ الثاني فامتنع ، وإذا امتنع فقد حصل فوات يد الوديعة التي كانت قائمة ، وحصل اليأس من مثلها يقتضيه ذلك العقد ، اللهم إلاّ أن يوجد أمر جديد فتحقق فوات المعقود عليه في العقد الأول فبطل العقد قطعاً مثل المعقود عليه يفوت في سائر العقود بفوات العقد ، كذلك ههنا .

وإذا تحقق ارتفاع العقد فبترك الخلاف لايعود العقد فلا يعود حكمه .

ونقول أيضاً في تقرير ما بيّنا : ان الضمان واجب بالخلاف ، والخلاف الذي وجب به الضمان لم يرتفع ، وإذا لم يرتفع سبب الضمان لم يبر عن الضمان .

وإنما قلنا ذلك ، لأنه بترك اللبس والركوب تارك للخلاف في المستقبل من الزمان ، فأما الذي مضى من الخلاف فلا يتصور تركه ، بل قد استقر استقراراً لايقبل الزوال ولابراء عن حكمه إلاّ بالقيام بحقه من الإداء أو إبراء صاحب الحق إياه .

وأما إذا ردّ إلى المالك فذلك قيام بحق الضمان ، وكذلك في المغصوب إذا ردّه الغاصب إلى مالكه .

وأما في مسألتنا فقد وجب الضمان ولاقيام بحقه ، لأن ترك الخلاف في المسألتين لايكون قياماً بحق ضمانٍ وجب بخلافٍ في الماضي .

وهذا كلام معتمد ، وسنبين وجه كلامهم عليه ، ونعتمد في التعلق بالأحكام على فصل الجحود .

وحرف التعلق به : ان ارتفاع العقد به لزوال يد الوديعة بالجحد فلم يَعُدْ بالإعتراف ، وكذلك إذا استعار دابة إلى مكان معلومٍ فجاوز بها ذلك المكان دخلت في ضمانه ولايسقط بالعود إلى ذلك المكان .

وحرف الإشكال عليهم في هذا : ان عقد العارية وان انتهى استعمالاً ببلوغه ذلك المكان ، ولكن يد الأمانة باقية قائمة إلى أن يرد ، ولهذا لو هلكت لاضمان عليه ، ومع ذلك باعادة الدابة إلى ذلك المكان المسمى لم يبرأ عن الضمان ، وإن كان قد اعادها إلى يد أمانة له في الدابة مثل مسألتنا سواء فهو هو المعتمد من الأحكام .

وأما حجتهم :

قالوا : بعد ترك الخلاف مودع موافق فلم يجب الضمان عليه بهلاك الوديعة في يده .

دليله : ما قبل الخلاف ، أما الموافقة معلومة ، وأما البيان لقولنا " مودع " لأن عقد الوديعة لم يرتفع بالخلاف .

والدليل عليه الحكم والحقيقة :

أما الحكم : فلأنه عقد من العقود فلا يرتفع بالخلاف من حيث الفعل ، دليله : الإيمان فإنه لايرتفع فعلاً وذلك بترك الصلاة أو الصوم أو غير ذلك .

قالوا : ولايجوز أن يقال إن فوات الصلاة لايتحقق ، لأنه يقضي بعد الوقت ، فإن الفوات قد تحقق ، وإنما القضاء فرض ثانٍ بأمرٍ جديدٍ .

قالوا : ولايجوز أن يفرق فيقال : إن عقد الإسلام عقد لازم بخلاف الوديعة ، لأنه وإن كان لازماً لكنه يحتمل الإرتفاع عقداً في حقه مع قيام لزوم الأمر .

ألا ترى أنه لو جحد الصلاة ارتفع الإسلام عقداً في حقه مع وجود اللزوم .

قالوا : ويدل على ما قلنا الإستحفاظ إذا كان بأجرة ، فإنه لايرتفع بالخلاف من جهة الفعل حتى لو استأجر أحداً ليحفظ متاعه شهراً فخالف في بعض الشهر ووافق في الباقي يكون العقد قائماً ، وتجب له الأجرة .[1] وإن فرقتم باللزوم ، فالإعتراض عليه ما سبق .

قالوا : ويدل عليه أيضاً : الأمر بالبيع ، فإنه لايرتفع بالخلاف من حيث الفعل حتى لو أمره أن يبيع بألفٍ فباع بخمسمائة بقى الأمر ، ولو باع بعده بألفٍ يجوز .

وأما الحقيقة : فلأن الوديعة أمر / بالحفظ ، والخلاف لايلاقي **١٨٢/أ** الأمر حتى يرفعه ، وإنما يلاقي المأمور ، وإذا لم يلاق الأمر بقى على ما كان ، وإذا بقى الأمر بقى العقد ، لأن حقيقته ليس إلاّ الأمر .

يدل عليه : ان العقد إنما يرتفع بما وُضِعَ لرفعه أو المنافى له .

ونحن نعلم أن الخلاف لم يوضع لرفع الأمر، بل الذي يرفع الأمر هو ردّه ، وليس في الخلاف صريح ردّ ولا دليل ردٍّ .

أما الصريح معلوم .

---

(١) انظر : الأسرار : ١/١٧٧/أ (مراد ملا) .

وأما الدليل فلأنه لو صار دليلاً لكان دليلاً من حيث العادة ولايعتاد أن يأمر غيره بالحفظ فيقول : " احفظ فإذا خالفت عزلتُك " إنما المعتاد أن يقول : " احفظ فإذا خالفت فاترك الخلاف وعُدّ الى الحفظ ، فإذا لم يفهم في المعتاد إلاّ في هذا لم يكن الخلاف دليلاً على ردّ الأمر بحالٍ ، نعم إذا خالف فأراد أن يعزله يجيء ويسترد ، وعندنا إذا جاء واسترد ارتفع العقد .

فثبت بما قلناه انه دليل ولاصريح في الرد .

قالوا : وأما المنافاة فلم توجد في مسألتنا ، لأن الخلاف لاينافي وجود الأمر ، ألا ترى أن في الإبتداء لو أودع من غاصبٍ يجوز حتى لو نزع من الخلاف وحفظ يكون الإيداع صحيحاً مثل ما لو سلّم من يده إلى يده .

والمعتمد لهم من حيث الحقيقة : ان عقد الوديعة عقد استحفاظٍ على العموم من غير تخصيصٍ بزمانٍ دون زمان ، ألا ترى أنه لو حفظه سنين يكون حافظاً على العقد الأول ، والحفظ على مقتضى العقد وإن فات في الحال بالخلاف فلا يوجب برفع أصل العقد ، لأن ارتفاع العقد إنما يكون بفوات المعقود عليه ، والحفظ على مايتناولها العقد وإن فات في اليوم فلم يفتْ في الغد ، لأنه يجوز أن يحفظ في الغد على موافقة الأمر ، ألا ترى في الإستحفاظ بالأجر إذا خالف في بعض الشهر ، وحكم بفوات المعقود عليه في هذا البعض لم يحكم بفوات المعقود عليه في الباقي حتى إذا حفظ في الباقي على قضية العقد استحق الأجر ، والفوات شئ حسّي لايختلف بالعقد الجائز واللازم بل يكون في الكل على وجهٍ واحد .

قالوا : والكلام في نفسه محقق قطعي لايحتاج إلى مثال وإذا

لم يتحقق الفوات لجميع ماتناوله العقد بقى العقد للحفظ المتوقع في العقد .

والحرف : ان العقد إذا امكن بنفسه لايحكم بزواله وارتفاعه إلاّ أن يعترض أمر شرعي وُضِعَ لرفعه شرعاً فيرفعه وقد أمكن الحكم ببقاء العقد في مسألتنا بحفظٍ يوجد منه في الغد فصار كما لو أمكن لحفظٍ يوجد منه في اليوم وهذا لأن اليوم والغد في العقد واحد ، والحفظ في الزمانين حفظ واحد فبقاءه لأمرٍ في العقد كبقائه لأمرٍ في اليوم .

والدليل على أن الحكم ببقائه جائز لحفظٍ في المستقبل انه يجوز أن ينعقد في الإبتداء لحفظٍ في المستقبل وهو أن يودع منه شيئاً وهو في يد المالك ، فإنه يكون العقد منعقداً حتى لو أخذه المودع وحفظه على ذلك العقد يكون جائزاً .

قالوا : وليس كما لو ردّ الوديعة إلى يد المودع ، لأن العقد إنما يرتفع لعجزه عن إعادة حفظه ، وذلك لأن يده زالت إلى المالك ولايمكنه إعادة يده إلاّ بإزالة يد المالك وليس له ازالة يد المالك فيكون عاجزاً عن إزالة يده وإذا عجز عن الإزالة عجز عن الإعادة فبطل لهذا ، وفي مسألتنا لاعجز عن ترك الخلاف وعود يد الوديعة بمجرد ترك الخلاف ، وهو قادر عليه فبقى العقد لأجله .

هذا حرفهم في المسألة ومقولهم ، وهو كلام بالغ في غاية الحسن .

قالوا : وأما الذي قال أصحابكم : انه مغير يده للحفظ وبالخلاف مسترد يده " .

فليس بشئ ، لأن مثل هذا لايتصوّر تحقيقه في الأيدي ، ولأنه وإن استرد يده فإنما يصير مسترداً في اليوم الذي وجد فيه الخلاف ، فأما في غير

يوم الخلاف فلا ، لأن الإسترداد بالخلاف فيقتصر على زمان الخلاف .

قالوا : وقولكم : " انه مغير يده بعد زوالها

قال : هذا صحيح مملوك له إذا أبقى العقد كما في الإبتداء يثبت لوجود العقد .

قالوا : وأما الذي قال مشايخكم : إن عقد الوديعة معقود على الأمانة ، والخيانة ضد الأمانة .

قال : بلى ، هو ضد الأمانة في زمان الخيانة ، وأما في غير زمانها فلا، ولأنه لاضديّة بين الخيانة والعقد فبقى العقد وان ذهبت الأمانة في الحال .

قالوا : " وقولكم " انه دخل في ضمانه " .

نسلمه لوجود العدوان إلاّ أن أصل العقد قائم لما بينّا وليس بين بقاء العقد ووجوب ضمان العين عليه بالخلاف تضادّ وتنافٍ ، والأحكام مبنية على دلائلها ، فإذا قام الدليل على إبقاء العقد وقام الدليل على دخوله في ضمانه حكمنا ببقائه وحكمنا بوجوب ضمانه ، ثم إذا حفظ على ما يقتضيه العقد أزلنا الضمان / لإرتفاع سببه وحكمنا للعود **١٨٢/ب** حكم الأمانة .

قالوا : وقولكم " إن سبب الضمان لم يرتفع " .

قال : بلى ، ولكن قد قام بحق الضمان وهو إعادة الوديعة إلى يد مَنْ تُقوم يده مقام يده ، وهذا لأن العقد لما بقى في الغد ويدُ المودع يدُ المودِع ، فإذا ترك الخلاف في الغد فكأنه أوصل العين إلى نائب المالك في الحفظ .

قالوا : وأما فصل الجحود .

فعندنا : لايرتفع عقد الوديعة بالجحود إلاّ أن يكون الجحود بعد طلب

المودع ، وبالطلب قد عزله عن الحفظ .

وعلى أنا إنْ سلّمنا أن الجحود من غير طلب يرفع الأمر فلأنه يلاقي الأمر بالرد ، لأنه بجحوده منكر الحفظ من قبله أو ينكر أمره إياه بالحفظ ، فإن أمره إياه بالحفظ مع مايدعيه انه له باطل .

وأما مسألتنا فإن الخلاف من حيث الفعل . وقد بيّنا انه لايلاقى الأمر إنما يلاقي المأمور .

قالوا : ولهذا ارتفع الإسلام بجحود الصلاة ولم يرتفع بتركها .

قالوا : وأما مسألة العارية فالمسلم منها :

إذا استعارها ذاهباً لاخائناً ، وإذا كان كذلك فقد انتهى العقد نهاية حيث وَصَلَ إلى ذلك المكان فبعد ذلك لم يرد الدابة إلى عقد قائم .

والحرف : ان هناك لازمان للعقد في المستقبل ، وفي مسألتنا قد وجد زمان العقد في المستقبل ، وقد حفظ في ذلك الزمان على قضية الأمر وظهر حكمه من الأمانة وارتفاع الضمان .

قالوا : وقولكم " ان يد الأمانة تبقى بعد انتهاء العقد " .

ليس كذلك ، لأن العقد غير معقود على اليد أصلاً ولا أقول إنه بقى للمستعير يد أمانة ، وإنما لم يجب الضمان لإنتفاء الأسباب الموجبة للضمان فإذا تعدى فقد وجد سبب الضمان فوجب عليه ولا يبرأ عنه إلاّ بما يُبري عن سائر الضمانات الواجبة في العدوانات والغصوب .

الجواب :

أما قولهم : " مودع " .

ممنوع ، لأن الوديعة مرتفعة .

وأما قولهم : " **إن الخلاف من حيث الفعل لايرفع العقد** " .

قلنا : قد بيّنا ان بصورة الخلاف لم يرتفع ، إنما ارتفع بفوات يد الوديعة على وجهٍ لايمكن إعادته .

وقد قال أصحابنا :

ان المعقود عليه حفظ دائم بأخذٍ واحدٍ فإذا فات يد الوديعة وسلّم الخصوم ذلك فلو عادت اليد عادة بأخذٍ جديدٍ ، ومعنىً الأخذ الجديد " اثبات يده ابتداءً بعد زوالها .

وقد أُلزم بعضهم إذا سقطت الوديعة من يد المودع يجوز له أخذها ثانياً ، وهذا أخذ بعد أخذ .

وكذلك إذا غصب الوديعة غاصب فاستردها منه يجوز ، وهو أخذ بعد أخذ " .

وليس هذا بشئ ، لأن اليد الأولى مستمرة بدليل استمرار حكمها من عدم الضمان .

فأما ههنا فقد تبدل الحكم بدليل وجوب الضمان فيتحقق إثبات يد بعد إثبات يد ، والوديعة لايطلق إلاّ إثبات اليد مرة واحدة بدليل ما لو أعاد الوديعة إلى يد المالك .

وأما قولهم : " انه عاجز عن الأخذ " .

قلنا : ولِمَ ؟ بل ينبغي أن يجوز له الأخذ ثانياً على العقد الأول .

وقولهم : " **إن يد المالك ثبتت فلا يملك إزالها** " .

قلنا : وجب أن يملك ويحكم ببقاء الوديعة فيملك على ذلك .

والمعتمد ما سبق من قولنا : " ان الأمر لايقتضي الفعل مرة بعد مرة وقد تقرر شرحه بما فيه غُنية .

وقد قال بعض مشايخهم :

ان الحفظ قائم ، لأنه مع الخلاف مباشر للحفظ فلم يفت المعقود عليه .
وهذا في نهاية الفساد ، لأن المعقود عليه هو الحفظ على جهة مخصوصة ، وهو الحفظ على وجهٍ يأمن المالك معه على ماله وهذا حفظ مخوف .
ويمكن أن يقال : ان المعقود عليه هو الحفظ مع ترك الإستعمال والحفظ مع الإستعمال لايكون معقوداً عليه بحالٍ .
وأما تعلقهم بفصل الإيمان .
فتعلق ضعيف ، لأن المعقود عليه في الإيمان هو القبول بدليل إتمامه من غير اتصال الفعل به ، والخلاف من حيث الترك غير قادح في القبول .
وأما ههنا المعقود عليه هو الحفظ بدليل أنه لايحكم بتمام الوديعة ما لم يتصل بها الحفظ وقد فات الحفظ على ما سبق بيانه .
وأيضاً فإن الترك في الصلاة لايتحقق بمجرد التأخير ، لأن التلافي ممكن بالقضاء ، وإذا قضى الصلاة في الغد يكون فعل الصلاة في اليوم ، ولهذا المعنى لابد له من نية القضاء .
وأما في مسألتنا فد تحقق ترك الحفظ في اليوم ، لأنه وان حفظ في الغد فلايكون ذلك هو الحفظ الثابت في اليوم فلم يتصور التلافي فيتحقق فوات المعقود عليه في اليوم ، وفيه فوات الوديعة على ما سبق ، وفي فوات يد الوديعة فوات يد الوديعة على ما ذكرنا .
وأما مسألة الحفظ بالأجر ، فهو عقد لازم ، وذلك يتناول أخذ بعد أخذ ، بدليل انه لو أعاد الشئ الى يد المالك له أن يأخذ الشئ ثانياً ليحفظه بخلاف مسألتنا على ما سبق .
وأما مسألة التوكيل بالبيع .
فالجواب ظاهر ، لأن الخلاف لايفوت المعقود/ عليه لأن العقد ١٨٣/أ

يتناول بيعاً واحد بالثمن المذكور في زمان من الأزمنة ، ولوجود البيع على خلاف المأمور لايفوت البيع المأمور ، لأنه في أيّ وقتٍ يفعل البيع فهو موجود في وقته بصفته ، فلا يفوت أصلاً .

وأما مسألة الجحود فلازم ويعين في صورة وهي : انه لو قال : ما حال ودايعتي ، ؟ فقال : ليس لك عندي وديعة " .

والمنع في هذه الصورة محال ، لأن الوديعة عقد جائز يرتفع بفعل أحد المتعاقدين فيكون من شرط بقائه اتفاقهما عليه ، ألا ترى أن البيع لما كان يرتفع بفعل المتعاقدين جميعاً فلو جحدا جميعاً قضوا بأنه يرتفع العقد فصار جحدهما جميعاً في البيع كجحد أحدهما في مسألتنا كما يكون اتفاقهما على الفسخ في البيع بمنزلة فسخ أحدهما .

والمعنى ظاهر .

وأما مسألة العارية .

ففي نهاية الإلزام ، لأن العقد وان انتفى ببلوغه ذلك المكان فيد الأمانة باقية على العارية على أصلهم .

وقولهم : " **ان اليد ليست يد أمانة** " .

قلنا : فالأيدي محصورة في الشرع فإذا لم تكن اليد يد عارية فينبغي أن تكون اليد يد ضمان أو يد ملك ، أو يد وثيقة ولايتصور يد بلا صفةٍ .

وقولهم : " **إنه لم يعقد على الحفظ** " .

قلنا : بهذا لايندفع الإلزام ، فإنهم قالوا : لو هبت الريح إلى ثوبٍ فألقته في حجر إنسان ثم تعدّى في الثوب باللبس ثم ترك اللبس يعود أمانة وان لم يوجد عقد ، فبطل ما قالوه ، والله تعالى أعلم .

(مسألة)

إذا أودع عند صبي محجورٍ عليه أو عبدٍ محجور اليد بالغ فأيّهما استهلك الوديعة فعليها ضمانها [1] ، وهذا قول أبي يوسف . [2]

وعند أبي حنيفة ومحمد [3] : لاضمان على الصبي أصلاً ، وعلى العبد ضمانها بعد العتق ، ولايؤخذ به قبل العتق . [4]

لنا :

ان الواجب ضمان استهلاك فيؤاخذ به الصبي والعبد في الحال .

دليله : ما قبل الإيداع .

ودليل انه ضمان استهلاك أنه واجب به بدليل انه لو وجد قبل الإيداع وجب الضمان بخلاف ضمان التضييع ، **وصورته** :

لو رأي إنساناً يسرق الوديعة فترك حتى سرق الوديعة حيث لايجب الضمان على الصبي ، لأنه ضمان عقد الوديعة بحكم التزام الحفظ ، بدليل انه لايجب به ضمان قبل الايداع حتى لو رأى مال الغير يستهلكه الغير فسكت حتى فعله لم يجب عليه شئ ، وإذا كان ضمان عقد لم يجب على الصبي ، لأنه لاعقد معه .

وحرف المسألة : إن الصبيان يؤاخذون بضمان الأفعال ، والواجب ضمان

---

(١) المهذب : ٤٧٢/١ ، النكت ورقه ١٧٢/ب ، الروضة : ٣٦٩/٦ .

(٢) الأسرار : ١٧٨/١/ب (مراد ملا) .

(٣) المبسوط : ١١٨/١١ ، البدائع : ٣٨٨١/٨، إيثار الانصاف : ص ٢٦٥.

(٤) الأسرار : ١٧٨/١/ب (مراد ملا) ، المبسوط : ١١٨/١١ ، البدائع : ٣٨٨١/٨ ، رؤوس السمائل ص : ٣٥٨ ، إيثار الإنصاف ص ٢٦٥ .

الفعل فيؤاخذ به .

يدل عليه : أن عقد الوديعة لايطلق الإستهلاك فصارت في الواجب به كالمعدوم ، ولو قدرنا عدمها وجب الضمان بلا خلاف ، كذلك في مسألتنا . ويمكن أن يقال أيضاً : ان عقد الوديعة لايخلو : إما أن يكون صحيحاً أو فاسداً ، فإن كان صحيحاً فيلتحق الصبي بالبالغ وإن كان فاسداً فيلتحق ما بعد الإيداع بما قبل الإيداع .

وأما حجتهم :

قالوا : هو بإيداع الشئ عند الصبي صار مسلطاً إياه على الإستهلاك فلا يجب له به الضمان .

دليله : إذا سلّط صريحاً ، وكما لو قدم الطعام بين يدي إنسان حتى أكله فإنه لاضمان عليه ، كذلك ههنا .

أما دليل الوصف : فمشايخهم رجعوا في الدليل عليه إلى عادة الصبيان بإفساد مايقع في أيديهم من إفساد المطعوم وإراقة المشروب وتخريق الملبوس وقتل العصافير وما يشبه ذلك ، فصار الرجل بوضع الشئ في يديه مع علمه بعادته مسلطاً إياه على الإتلاف كمنْ قدّم الشحم بين يدي هرة أو الشعير بين يدي دابة .

قالوا : وهذا يوجد في غير القتل ، فأما في القتل وإراقة الدماء فالصبيان يفزعون من ذلك ويهربون منه فلا يوجد فيه العادة التي ذكرناها .

وأما أبو زيد [1] فإنه قال من وجه آخر في الدليل على وجود التسليط

---

(١) انظر : الاسرار : ١/١٧٩/أ (مراد ملا) .

قال : لما أودعه المآل فقد أثبت له اليد على المال فيكون اليد الثابتة للمودع على المال مضافة إلى إثبات المالك كالملك الذي يثبت له بالبيع والهبة يكون مضافاً إلى إثباته ، وقد كان المالك بقيام يده على المال متمكن من إتلافه ، فإذا أودع من الغير فقد أثبت له اليد التي كان يتمكن بها من إتلافه فصار ممكناً من إتلافه .

وإنما عنينا " بالتسليط " تمكينه إياه من الإتلاف وَمَنْ مكّن غيره من إتلافه ماله يصير راضياً باتلافه ، وَمَنْ رضى باتلاف ماله سقط حقه من الضمان ، لأن الضمان يجب لجبر حقه فإذا رضى بالإتلاف لم يستحق جبر حقه ، وصار كما لو قدّم طعاماً بين يدي إنسانٍ حتى أكله .

يبينه : انه لامعنى لسقوط / الضمان في هذه الصورة سوى **١٨٣/ب** تمكينه إياه من إتلافه ، وهذا المعنى قد وُجِدَ في مسألتنا فسقط به الضمان .

واستدلوا في ان التمكين رضىً : بالحُرّة العاقلة البالغة إذا مكّنت رجلاً من نفسها حتى وطئها تجعل راضية بدليل سقوط المهر عندكم قالوا : وليس يلزم البالغ على ما قلنا ، لأنا نقول في البالغ أيضاً : انه بتسليمه إليه ممكن إياه من الإتلاف لكن يوجب الحفظ عليه شرعاً مع تمكينه من إتلافه بقبول عقد الوديعة والتزامه حفظه وهو بالغ عاقل مطلق التصرف فإذا التزم حفظ الوديعة صح إلتزامه وصار محجوراً عن الإتلاف شرعاً بوجوب الحفظ عليه ، لأنه لايتصور لزوم الحفظ مع إطلاق الإتلاف .

وأما الصبي فلم يلزمه الحفظ شرعاً لكونه محجوراً عليه فبقى إثبات اليد عاملاً عمله في إثبات ملك الإتلاف .

قالوا : ولايجوز أن يقال إن الإيداع لو كان تسليطاً على الإتلاف لكان من حيث الدلالة ، وقد صرّح بالأمر بالحفظ ولا حكم للدلالة مع

الصريح ، وذلك لأن التمكين من الإتلاف حكم ثبوت اليد الحقيقية ، كما أن ملك التصرفات الشرعية حكم ثبوت الملك الشرعي ، وكما أن المثبت لملك الرقبة يصير مثبتاً لملك المنفعة وملك المتعة وملك سائر التصرفات بواسطة إثبات ملك الرقبة حكماً له ، وكذلك المثبت لليد الحقيقة يصير مثبتاً لملك الإتلاف بواسطة إثبات اليد الحقيقية حكماً لها ، وإذا كان كذلك فالمباشر للعلة يكون مثبتاً حكم العلة قصداً لابطريق الدلالة والضرورة فسقط بهذا الوجه قولكم : " انه ثبت بدلالة " .

قالوا : وليس يلزم إذا كانت الوديعة عبداً فقتله ، لأن هناك قد جعلناه أيضاً ممكّناً إياه من القتل وجعلناه راضياً إلاّ ان الرضا في ضمان الدم لايعمل ، كما لو رضى أن يقتله إنسان تجب الدية للورثة بخلاف الرضا في ضمان المال فإنه عامل في اسقاطه وليس كما قال لغيره " اقتلْ عبدي " فإن في هذه الصورة ما سقط الضمان بالرضا ولكن إنما لم يجب ، لأنه لافائدة في وجوبه ، لأنه استعمله في قتل عبده فلو ضمن لرجع عليه فلا تكون فيه فائدة .

وفي مسألتنا وجد التمكين من الإتلاف ، فأما الإستعمال فلم يوجد ، والرجوع بالضمان إنما يثبت بحكم الإستعمال لا بنفس التمكين ، كما لو قدّم الطعام بين يدي إنسان فأكله ثم ظَهَرَ مستحق واستحقه وضمنه فإنه لايرجع بالضمان على المقدّم لوجود مجرد التمكين من غير استعمال .

الجواب :

إن دعوى التسليط على الإتلاف ، دعوى باطلة ، بل هو مودع إياه غير أن الإيداع من الصبي باطل مثل سائر العقود المعقودة معه .

وأما دليل مشايخهم بالرجوع إلى العادات ، ففي نهاية الضعف ، لأن

الخلاف في الصبي الذي يعقل الإيداع ويعقل معناه ، ومَنْ عَقَلَ الإيداع وعقل معناه لايكون الإيداع منه تسليطاً إياه على الإهلاك .

وقد قالوا : أودع من مثل هذا الصبي وبلغ يكون الإيداع السابق منه صحيحاً حتى لو أتلفه وجب عليه الضمان ولو كان الإيداع تسليطاً منه إياه على الإتلاف على ما زعموا لم ينقلبْ إيداعاً صحيحاً بالبلوغ . وأيضاً لو أودع الشئ عند الصبي فأتلفه ثم جاء مستحق واستحقه وضمنه لم يرجع بالضمان على المودع ولو كان الإيداع منه تسليطاً على مازعموا لرجع عليه بالضمان كما لو سلّط صريحاً ، وهم زيّنوا هذه الطريقتين بهذين الكلامين ، واعتمدوا على طريقة التمكين ، وخرجوا هذه المسألة عليها ، وقالوا : إنما أدّعينا بالتمكين والتمكين يجعل كالتسليط في سقوط الضمان ولايجعل كالتسليط في الرجوع بالضمان ، بدليل ما لو قدّم الطعام بين يدي إنسان فإنه يجعل تسليطاً في سقوط الضمان ولو ظهر مستحق وضمنه لايرجع على المقدّم للطعام إلاّ أنه يقال لهم : في مسألة تقديم الطعام وان صرّح بالأمر بالأكل لايرجع أيضاً ، وهاهنا لو صرح بالأمر بالقتل فإنه يرجع .

وقالوا : " على هذا ان الرجوع عندنا بحكم الإستعمال ، وفي مسألة الطعام لا استعمال سواء صرّح بالأمر بالأكل أو لم يصرّح لأن أكل الإنسان ابداً يكون لنفسه ، ولايتصوّر أن يكون فيه عاملاً لغيره ، بخلاف الإتلاف فإنه يتصوّر أن يكون الإنسان فيه عاملاً لغيره ، فإذا صرّح بالأمر بالإتلاف يكون عاملاً لغيره فثبت له الرجوع ، وإذا لم يصرّح ولكن وجد التمكين المجرد فيكون راضياً بالإتلاف فسقط به الضمان الواجب له ولكن لايصير عاملاً / لغيره حتى يرجع **١٨٤/أ**

بالعهدة عليه إذا لحقه الضمان هذا تخريجهم هذه المسألة على الطريقة الثانية .

وأما الطريقة الأولى فقد تكلمنا عليها .

وأما هذه الطريقة ، فهي فاسدة أيضاً .

ووجه فسادها : انه لو دفع ماله إلى بالغ من غير ذكر ايداع أو وضع بين يديه بحيث يتمكن من إتلافه فأتلفه ، لاخلاف انه يجب عليه الضمان وقد وُجِدَ التمكن الذي ذكروه في هذه الصورة ، وكذلك لو سيّب دابته في الصحراء فأتلفها إنسان يجب الضمان وقد وجد تمكين الناس من إتلافها .

ثم يقال لهم : ان المالك إنما يملك الإتلاف بملكه لابيده ، كما يملك سائر التصرفات بملكه لابيده ، وهو لم يثبت الملك له حتى يصير مثبتاً له ملك الإتلاف .

قالوا : إنما نعني بما قلناه انه يملك الإتلاف حسّاً بيده لاشرعاً .

قلنا : لا اعتبار بالملك حسّاً مع المنع شرعاً .

والحرف : انه لما كان الملك شرعاً بالملك ، والايداع لم يثبت الملك له فلم يعتبر اقتداره عليه من حيث المحسوس ولايصير إثباته القدرة عليه محسوساً عاملاً في اسقاط ضمان يجب له شرعاً ، وهذا كَمَنْ أودع منه عبداً فقتله فإنه يجب عليه الضمان ، والتمكين باليد المحسوسة قد وُجِدَ ، ومع ذلك لم يجعل ذلك رضىً بسقوط الضمان لمابينا .

وقولهم : " ان الرضا لاعمل له في الدماء " .

قلنا : ليس كذلك ، بل هو عامل بدليل ما لو صرّح بالأمر بالقتل ، وقد أجبنا عن عذرهم .

جواب آخر :

وهو أن الوديعة ليست بإثبات يد للمودع في الحال ، وإنما هو إقامة يده مقام يده في الحفظ فصار الإيداع في الحقيقة إثباتاً من المودع يداً أخرى لنفسه في حفظ المال أو إثبات يد ثانية عن يده في الحفظ ، فأما أن يقال أنها إثبات يد المودع على المال حقيقة فلا ، فإن رجعوا إلى ما قالوا : إن المعنى من قولنا : " إثبات اليد المحسوسة وبها يتمكن من الإتلاف فقد أجبنا عنه .

ويقال لهم : إثبات محسوس يقابله الإستحفاظ المحسوس فإن المالك قد قال للصبي " أودعتك هذا الشئ لتحفظه فإن اعتبرتم إثبات التمكين حسّاً بإثبات اليد المحسوسة فاعتبروا الإستحفاظ المحسوسة بنفي التمكين، وإن رجعتم إلى المشروع في الإستحفاظ وقلتم : إن الإستحفاظ غير صحيح مع الصبي فارجعوا في التمكين إلى المشروع ، ونحن نعلم أنه يملك الإتلاف شرعاً في الموضع الذي يملكه بحكم ملكه لابحكم تمكنه منه بيده ، وإذا اعتبر الشرع لم يوجد بالإيداع التمكين من الإتلاف ولا الرضا .

والله تعالى أعلم بالصواب .

□□□□



مسألة :

يستحق سلب المقتول بالقتل على شرائط مذهبية .[1]

وعندهم : لايستحق بالقتل سلب القتيل ، قالوا : ولو نُفِّل استحق بالتنفيل .[2]

لنا :

الأخبار الثابتة في الباب ، والروايات كثيرة وأحسنها حديث أبي قتادة أن النبي ﷺ قال : (مَنْ قتل قتيلاً وعليه سلبه فله سلبه) .[3]

---

(١) الأم : ٦٧/٤ ، مختصر المزني مع الحاوي : ٣٩٣/٨ ، المهذب : ٣٠٤/٢، النكت ٢٨٨/ب ، الحاوي : ٣٩٣/٨ .
معالم السنن : ١٦٠/٣ ، شرح النووي على مسلم : ٥٨/١٢ ، ٥٩ .
قال الخطابي في المعالم " قال الشافعي : " إنما يكون السلب للقاتل إذا قَتَلَ والحرب قائمة والمشرك مُقبل غير مدبر ، لأنه عطية أعطاها إياه لابلائه في الحرب ، فأما مَنْ أجهز على جريح فلا معنى تخصيصه بالعطاء من غير إبلاء كان منه ، وسواء عنده بارز أو لم يبارز نادي الإمام به أو لم يناد".

(٢) مختصر الطحاوي ص ٢٨٤ ، الأسرار : ١٤٤/١/ب (مراد ملا) ، اللباب في الجمع بين السنة والكتاب : ٧٨٠/٢ ، شرح معاني الآثار : ٢٣١/٣.

(٣) رواه مسلم في صحيحه : ٥٩/١٢ مع النووي ، باب استحقاق القاتل ==

وفي رواية " إيما مسلم قتل كافراً فله سلبه " .[1]

وفي الرواية الأولى قصة ذكرناها في التعليق ، وذكرها أبو داود في السنن .

ولايجوز أن يحمل على التنفيل ، لأن في حديث أبي قتادة أن النبي عليه السلام قال ذلك بعد تقضّي القتال ، والتفضيل بعد تقضى القتال باطل ، ولأن الظاهر من قول صاحب الشرع أنه يكون نصب شرع وانه مسترسل على الأزمان كلها ، يعم حكمه جميع الناس ، والحمل على التنفيل شرع التنفيل لاشرع السلب للقاتل ، والحمل على التنفيل شرع التنفيل لاشرع السلب للقاتل ، والخبر يقتضي شرع السلب للقاتل وليس ذلك إلاّ على مذهبنا ، ولأن الخبر يدل على الإستحقاق بالقتل ، وعلى مازعموا يستحق بالتنفيل لا بالقتل .

(=) سلب القتيل .

والبخاري في صحيحه : ٢٤٧/٦ مع الفتح ، باب مَنْ لم يخمس الأسلاب .

وأبو داود في سننه : ١٦١/٣ مع المعالم ، باب في السلب يعطي القاتل .

وأحمد في مسنده : ٣٠٦/٥ .

والطحاوي في شرح معاني الآثار : ٢٢٧/٣ .

والبيهقي في سننه : ٢٢٠/٦ .

(١) رواها أبو داود في سننه : ١٦٣/٣ مع المعالم ، باب في السلب يعطي القاتل ، وقال : هذا حديث حسن .

والدارمي في سننه : ٢٢٩/٢ .

والحاكم في المستدرك : ١٣٠/٢ .

وأحمد في مسنده : ١١٤/٣ .

وابن أبي شيبه في مصنفه : ٥٣١/١٤ .

وقد تعلقوا بحديث عوف بن مالك الأشجعي انه خرج في غزوة مؤتة ورافقه مَدَديٌّ [1] من أهل اليمن ، وأن المددي قتل رجلاً روميّاً وحاز فرسه وسلاحه ، ثم أن خالد بن الوليد أخذ منه ذلك ، فقال له عوف : ألم يجعل رسول الله ﷺ السلب للقاتل ؟ فقال : نعم ، ولكن إستكثرته، فقال عوف : لأقولنّ ذلك للنبي ص ، فذكر ذلك للنبي حين **/ ١٨٤/ب** اجتمعا عنده فقال (يا خالد " ردّ عليه سلبه) ، فلما خرجا من عنده ص فقال عوف : ياخالد : ألم أف اليك بما قلتُ ؟ فسمع النبي ﷺ وغضب من ذلك ثم قال :(يا خالد لاترد عليه ، هل أنتم تاركي أُمرائي لكم صفو [2] أمرهم وعليهم كدره) . ذكره أبو داود [3] .

وموضع الإستدلال لهم من قوله (لاترد عليه) ولو كان السلب مستحقاً للقاتل شرعاً لم يأمره بترك الرد عليه ، دل انه مفوض إلى رأي الإمام .

ورووا أن معاذ بن عمرو بن الجموح ومعاذ بن عفراء أنهما تنازعا في سلب أبي جهل ، وادعى كل واحد منهما قتله ، قال : هل مسحتما

---

(١) مَدَديٌّ : يعني رجلا من المدد الذين جاؤوا يمدون أهل مؤتة ويساعدونهم . انظر شرح النووي على مسلم : ٦٦/١٢ .

(٢) الصفوة : مكسورة الصاد ، خلاصة الشئ وما صفا منه ، وإذا أثبت الهاء قلت : صفوة بكسر الصاد ، وإذا حذفتها ، قلت : صَفو بفتحها . أهـ . معالم السنن : ١٦٤/٣ .

(٣) انظر سنن أبي داود : ١٦٣/٣ ـ ١٦٥ مع المعالم ، باب في الإمام يمنع القاتل السلب ....) .

ورواه مسلم في صحيحه : ٦٥/١٢ مع النووي ، باب استحقاق القاتل سلب القتيل والطحاوي في شرح معاني الآثار : ٢٣١/٣ .

سيفيكما ؟ قالا : لا ، قال : أرايتهما [١] ، فأرياه سيفيهما فقال : كلاكما قتله ، ثم أعطى سلبه معاذ بن عمرو بن الجموح . [٢]

والجواب :

أما الخبر الأول :

فدليل عليهم ، وذلك لقوله لخالد (ردّ عليه سلبه) .

وأما قوله ﷺ في آخر الخبر (لاترد عليه) فيحتمل { أن يكون ذلك نوعاً من التكبر على عوف وردعاً له وزجراً لما كان سبق منه ، والتكبر على أميره وأمضى لخالد ما كان إدّى إليه اجتهاده من استكثار السلب ، والأشبه أن يكون رسول الله ﷺ عوّض المددي من الخمس الذي هو له}[٣].

وإذا احتمل الذي قلناه فلا تترك السنة الثابتة المشهورة بهذا النوع من المورد المحتمل .

وأما حديث سلب أبي جهل فلا تعرف صحته ، وإنما هو مذكور في مقاطيع المعازي ومراسيلها ، وعلى أن غنائم بدر قد كانت خاصة لرسول الله ﷺ يعمل فيها ما يشاء .

والسبب في ذلك مشهور وهو تنازع أصحاب رسول الله ﷺ في ذلك

---

(١) كذا في المخطوط وفي السير الكبير لمحمد بن الحسن (أرياني سيفيكما) .

(٢) رواه مسلم في صحيحه : ٦٣/١٢ مع النووي ، باب استحقاق القاتل سلب القتيل .
والبخاري في صحيحه : ٢٤٧/٦ مع الفتح ، باب مَنْ لم يخمس الأسلاب .
وذكره محمد بن الحسن في السير الكبير : ٥٩٩/٢ .

(٣) ما بين القوسين نقلاً من معالم السنن للخطابي : ١٦٤/٣ .

حتى نزل قوله تعالى : (**يَسْأَلُونَكَ عَنِ الأَنْفَالِ ، قُلِ الأَنْفَالُ لِلَّهِ وَالرَّسُولِ**) . [1]

وأما الكلام من حيث المعنى :

فهو ضيق المجال ، والمسألة خبرية ، ويمكن أن يقال أن السلب مال تفرد القاتل بالإستيلاء عليه فتفرد بملكه كالصيد يتفرد الإنسان بأخذه يكون لَمَنْ أخذه .

وهذا أصل مدلول عليه بدليل جميع المباحات إلاّ أن في سائر الغنائم ترك هذا الأصل ، لأن القول به يؤدي إلى مفسدة عظيمة ، وهي اشتغال الأبطال عن تتميم القتال بأخذ الأموال خوفاً من استبداد ضعفاء الجند بنهب الأموال والتفرد بها بأخذها وملكها ، فإنهم إذا عرفوا ذلك نكلوا عن كثير من إفعالهم وتركوها .

وفيه خوف عود الضرر العظيم على عسكر المسلمين فلأجل دفع هذه المفاسدة جعلنا القسمة لجميع الجند ولم يختص كل واحد منهم بملك المأخوذ .

وأما السلب فتخصيص القاتل به لايؤدي إلى مفسدة ، وقد تفرد بالإستيلاء عليه بسببٍ هو الغاية في العناء ونهاية المطلوب من القتال ، وذلك كفاية شر هذا الكافر بقتله فتفرد بسلبه عوضاً عن ما انفرد به من العناء ليكون ذلك عوضاً له عن فعله وحثاً لأمثاله على مثل فعله .

وبهذا الطريق جاز التنفيل ، ونحن نعلم أن الإمام لاسبيل له إلى قطع حق

---

(١) سورة الأنفال آية (١) .

الجماعة وتخصيص البعض بالغنيمة لكن جاز ذلك في السلب لما ذكرنا ، فليكن ذلك ثابتاً بأصل الشرع ، لأنه أبلغ في الوصول إلى المقصود ونيل المراد من الحث على القتال وكفاية شر الكفار .

وأما هم قالوا :مأخوذ بظهور المسلمين وقوتهم فيكون محبوساً مقسوماً .

دليله : سائر الأموال .

وإنما قلنا ذلك لأنه لولا قوتهم وإلاّ لم يظهر على هذا الكافر وشبهوا بالواحد بفتح حصناً لاينفرد بما فيه ، وكذلك السرايا لاينفردون بما أخذوا .

ويدل عليه : أن مَنْ أسر أسيراً لاينفرد بسلبه ، وكذلك لاينفرد بملكه وأسره نظير قتله .

وقاسوا على ما لو قتل الكافر بعد إدباره .

والجواب : بتقرير ما سبق .

وقولهم : " لولا قوة المسلمين لم يظفر عليه " .

قلنا : هذا غير معتبر مع تفرده بالقتل ، كما لو أثار رجل صيداً وأخذه غيره فإنه يكون للآخذ دون المثير، وإن كان لولا إثارته لم يأخذه .

وفي الاسير وجهان ، وعلى التسليم كفاية الشر بالكلية يكون بالقتل .

وأما إذا قتل كافراً مدبراً فهو مكفى الشر من وجه إدباره وهزيمته .

والله أعلم بالصواب .

□□□□

(مسألة)

الغازي إذا جاوز الدرب فارساً ثم هلك فرسه إستحق سهم الرجالة عندنا .[1]

وعندهم : يستحق سهم الفرسان .[2]

لنا :

انه لم يوجد سبب استحقاق سهم الفارس فلا يستحق سهم الفارس .

دليله : إذا هلك الفرس قبل دخوله دار الحرب .

وإنما قلنا انه لم يوجد / السبب ، لأن السبب هو الجهاد فارساً **١٨٥/أ** ولم يوجد ، لأن الجهاد والقتال بمعنى واحد فلم يوجد ، وذلك لأن الجهاد مع الكفار هو فعل منه يتصل بهم ، وهو كجهاد الرجل مع الرجل وقتاله معه هو فعل متصل به مثل ضربه إياه وكلامه معه ، وهذا لايكون إلاّ بحقيقة المقاتلة والمحاربة ، فأما بدخول دار الحرب فلا ، لأنه لايوجد فعل منه يتصل بهم حتى يكون مجاهداً إياهم . فثبت انه لم يوجد الجهاد فارساً ، وإذا لم يوجد فقد فُقِدَ سبب الإستحقاق فانتفى الإستحقاق ، ونقيس على ما لو باع الفرس بعد دخوله دار الحرب أو مات الفارس فإنه يسقط سهم الفارس في الموضعين ،كذلك ههنا .

---

(١) مختصر المزني مع الحاوي : ٤٢١/٨ ، المهذب : ٣١٤/٢ ، النكت ورقه : ٢٩٠/أ ، الحاوي : ٤٢١/٨ ، الروضة : ٣٧٨/٦ .

(٢) مختصر الطحاوي ص ٢٨٥ ، الأسرار : ١٤٤/١/أ (مراد ملا) ، الهداية : ٤٩٨/٥ (مع فتح القدير) ، البدائع : ٤٣٦٥/٩ رؤوس المسائل ص ٣٦٤ .

وأما حجتهم :

قالوا : وُجِدَ الجهاد فارساً فاستحق سهم الفرسان ، كما لو شهد الوقعة ثم هلك فرسه .

وإنما قلنا : " إنه وجد الجهاد فارساً " لأن دخول دار الحرب جهاد .

والدليل عليه قوله تعالى (**وَلاَيَطَؤُونَ مَوْطِئاً يَغِيظُ الكُفَّارَ وَلاَيَنَالُونَ مِنْ عَدُوٍ نَيْلاً إلاَّ كُتِبَ لَهُمْ بِهِ عَمَلٌ صَالِحٌ** .....) .[1]

فقد نُزل وطء ديارهم منزلة النيل منهم ، ثم النيل منهم بالقتل والأسر جهاد ، كذلك وطء ديارهم ، ولأن دخول دار الحرب معنىً يؤدي إلى الجهاد ، لأنه إذا دخل دار الحرب بقصد قتالهم قصدوه بالقتال ، والقتال جهاد .

فثبت انه معنىً يؤدي إلى الجهاد فيكون جهاداً شرعاً .

دليله : شهود الوقعة .

قالوا : وأما حقيقة المقاتلة ساقطة العبرة ، بدليل أنه بعد ما شهد الوقعة لو قاتل راجلاً أو لم يقاتل استحق سهم الفرسان ، وإذا سقط اعتبار حقيقة القتال صارت العبرة بما جعل جهاداً شرعاً ، وذلك بدخوله دار الحرب .

وربما يقولون : وُجِدَ فارساً في أول أجزاء الجهاد فوجب أن يستحق سهم الفرسان .

دليله : ما بينّا .

وأول جزء الجهاد هو مجاوزته دار الإسلام إلى دار الحرب على ما بينّا

---

(١) سورة التوبة آية (١٢٠) .

وقد قال مشايخهم : ان الخيل تقصد للإرهاب والإرعاب بدليل قوله تعالى :

(وَمِنْ رِبَاطِ الْخَيْلِ تُرْهِبُونَ بِهِ عَدُوَّ اللَّهِ وَعَدُوَّكُمْ ...) .[1]

والإرهاب يحصل بنفس الدخول ، لأن العادة انهم يستعملون عدد الخيل والرجل عند الدخول فيحصل الإرهاب بنفس الدخول من هذا الوجه ، وإذا حصل المقصود من الخيل تم السبب المشروع للإستحقاق .

قالوا : ولايلزم إذا باع الفرس ، لأنه ليس بمجاهدٍ بل هو تاجر ، لأنه تبين ببيعه انه قصد التجارة لا الجهاد .

وأيضاً : فإن السبب وان وُجِدَ بالدخول فالبيع قد قطع السبب باختياره فصار السبب كالمعدوم في حقه بخلاف الموت فإنه لايوجد باختياره .

قالوا : وأما إذا مات الفارس فإنها يسقط السهم بفوات المستحق، والهالك لاسهم له .

وفي مسألتنا المستحق قائم انما هلك المستحق به ، وقد فرق بينهما ، ألا ترى أن بعد شهد الوقعة لو هلك الفرس لايسقط السهم ، ولو هلك الفارس سقط سهمه .

الجواب :

ان دعوى وجود الجهاد بمجاوزة الدرب ، فاسد لما بينّا .

والحرف : أنا نعتبر الحقيقة التي ذكرناها إلى أن يصرفنا عنه صارف بدليل قاطع.

أما الآية ، نحن نقول : إن دخول دارهم بنيّة الجهاد بمنزلة النيل منهم في حيازة الأجر ، وكذلك الخروج من داره بنيّة الجهاد جهاد ، وإن اخترمته المنية قبل وصوله إلى دار الحرب فقد أحرز الأجر بدليل قوله تعالى :

---

(١) سورة الأنفال آية (٦٠) .

(وَمَنْ يَخْرُجْ مِنْ بَيْتِهِ مُهَاجِراً إلى اللّهِ وَرَسُولِهِ ثُمَّ يُدْرِكْهُ المَوْتُ فَقَدْ وَقَعَ أجْرُهُ عَلَى اللّهِ ....) [1]

وأما استحقاق الأجر في الدنيا أمر آخر يتعلق بحقيقة القتال كسقوط فرضه عنه إذا تعيّن عليه بنفير أو غيره يكون بوجود حقيقته ، وكذلك سقوط فرض الحج على الإنسان يكون بوجود حقيقته .

وأما قولهم : " إن الدخول فعل مفضيٍ إلى الجهاد " .

قلنا : ما يفضي إلى الجهاد لايكون جهاداً ، لأن المفضي إلى الشئ غير ذلك الشئ ، وهذا كخروجه من داره بنيّة الجهاد يفضي إلى الجهاد ثم لايكون جهاداً حتى لو هلك فرسه في هذه الحالة قبل وصوله إلى دار الحرب لم يستحق سهم الفرسان .

والجملة أنا نقول : انه مادام في المسير سواء كان في دار الإسلام أو في دار الحرب لم يستحق سهم الفرسان ، لأنه في سبيل الجهاد وليس في نفس الجهاد ، وسهم الفارس متعلق بنفس الجهاد .

وأما قولهم : " **حقيقة القتال فارساً غير معتبر** " .

قلنا : قد قال بعض أصحابنا : انه لو ترك القتال فارساً لا لحاجة / **١٨٥/ب** القتال راجلاً لايستحق سهم الفرسان .

وعلى أنا ان سلمنا فنقول : إنا اكتفينا بشهود الوقعة فارساً عن القتال ، لأن المقصود من القتال فارساً زيادة النِكاية في العدو وشدة القتال ، لأنه يوجد من الفارس من شدة المقاتلة مالايوجد من الراجل ، وإذا كان المقصود ما بينّا فقد تتفق مواضع في القتال يكون القتال راجلاً أنكى في

---

(١) سورة النساء آية (١٠٠) .

العدو وأقرب إلى الطعن بهم من القتال فارساً .

وعلى هذا عُرف المحاربة فإنه إذا اشتد القتال ترجلّت الفرسان وكم من المواضع يكون الفرس وبالاً على الفارس فإذا كان أمور الحرب تختلف هذا الإختلاف ، وهذا أمر يعلمه الشجعان والفرسان ويخفى على سائر الناس فلو اعتبرنا ذلك وأدرنا الحكم عليه أدّى إلى حرج عظيم فسقط اعتبار حقيقة المقاتلة على الفرس وانتقل الحكم إلى ظاهر الأمر وهو شهود الوقعة فارساً وأدير الحكم عليه وجوداً أو عدماً .

فإن قالوا : فنحن ندير الحكم على دخول دار الحرب .

وربما قالوا : إذا سقطت اعتبار حقيقة القتال فلم كان اعتبار شهود الوقعة أولى من اعتبار دخول دار الحرب ؟ .

قلنا : إنما اعتبرنا شهود الوقعة ، لأنه أقرب السببين إلى حقيقة القتال وأدلهما عليه وأشهدهما في الأداء إليه ، ألا ترى انه يسمى مقتلة ومعركة ، والفعل فيه يسمى وقعة .

وأما دخول دار الحرب فهو مجرد انفصال من مكان إلى مكان فهو كانفصاله من بلده وحصوله في الطريق .

فإن قالوا : دخول دار الحرب أمس السببين فيكون أولى بالاعتبار .

قلنا : أسبق الأسباب انفصاله من داره بنيّة الجهاد ومع ذلك لم يعتبر ، دل أن المعتبر ماقدمناه .

وأما قولهم : " ان إرهاب العدو يحصل بدخول دار الحرب " .

قلنا : لا ، بل يحصل عند شهود الوقعة .

وأما الإلزام بموت الفارس فبالغ واقع .

وقولهم : " **إن هناك هلك المستحق** " .

قلنا : وهاهنا هلك ما يُستحق به .

وأما تعلقهم في الفرق بما بعد شهود الوقعة .

فليس بمسلمٍ ، لأن عندنا لافرق بين موت الفرس وموت الفارس بعد شهود الوقعة .

والله تعالى أعلم .

(مسألة)

سهم ذوى القربى ثابت عندنا في حال حياة النبي ص وبعد وفاته ويفردون بسهم من الخمس بعلة القرابة .[1]

وعندهم : قد كان لهم سهم يستحقونه بعلة النصرة ، وسقط بوفاة النبي ﷺ .[2]

ومنهم مَنْ قال : بقى مستحقاً بعلة الفقر .[3]

لنا :

قوله تعالى : (**وَٱعْلَمُوا أَنَّمَا غَنِمْتُمْ مِنْ شَيْءٍ فَأَنَّ لِلَّهِ خُمُسَهُ وَلِلرَّسُولِ وَلِذِي الْقُرْبَىٰ** ....) .[4]

والمراد منه قرابة الرسول عليه السلام ، لأنه سبق ذكر الله وذكر الرسول ،

---

(١) مختصر المزني مع الحاوي : ٨/٤٤٩ ، المهذب : ٢/٣١٦ ، النكت ورقه ٢٨٧/ب ، الحاوي : ٨/٤٢٩ ، الروضة : ٦/٣٥٥ ، معالم السنن : ٣/٣٨٥ .

(٢) الأسرار : ١/١٤٣/ب (مراد ملا) ، الهداية : ٥/٥٠٣ ، (مع فتح القدير) ، رؤوس المسائل ص ٣٦٢ ، البدائع : ٩/٤٣٦١ .

(٣) قال الكاساني في بدائعه : " والصحيح انه كان لفقراء القرابة دون أغنيائهم يعطون لفقرهم وحاجتهم لالقرابتهم ، وقد بقى كذلك بعد وفاته ، فيجوز أن يعطى فقراء قرابته عليه الصلاة والسلام كفايتهم دون أغنيائهم ويقدمون على غيرهم من الفقراء " : ٩/٤٣٦١ .

(٤) سورة الأنفال آية (٤١) .

ويستحيل أن ينصرف إلى الله تعالى فانصرف إلى الرسول ﷺ .

فإن قالوا : " ذوي القربى " لفظ محتمل ، يجوز أن يكون المراد منه قرب النسب ، ويجوز أن يكون قرب النصرة ، ويجوز قرب الصحبة .

قلنا : القرابة المطلقة شرعاً وعرفاً بقرب النسب ، بدليل أنه لو أوصى لذي قربى بني فلان ينصرف إلى أقربائه نسباً بالإجماع ، وكذلك قوله تعالى : (**كُتِبَ عَلَيكُمْ إذَا حَضَرَ أحَدَكُمْ الموتُ إنْ تَرَكَ خَيْراً الوَصِيَّةُ للوالدَينِ والأقْرَبَينْ بِالمعْرُوفِ حَقّاً عَلى المُتَّقِينَ** ...)[1] وفي العرف لايفهم بإطلاق لفظه إلاّ الأقرباء من النسب .

وقد دلت السنة على هذا فإنه قد ثبت برواية سعيد بن المسيب عن جبير بن مطعم أن النبي عليه السلام قسم الخمس يعني خمس الخمس بين بني هاشم وبني المطلب فانطلقت أنا وعثمان بن عفان إلى النبي عليه السلام ...)[2] الخبر إلى آخره .

ففي قسمته صلوات الله عليه هذا السهم بين بني هاشم وبني المطلب دليل على أن المراد من ذي القربى المذكور في الآية أقرباء النبي ص وإذا ثبت هذا فالاستدلال من قوله تعالى : (ولذي القربى) وهذه اللام تقتضي الإستحقاق ، كما يقال : الثوب لزيدٍ والدار لعمرو ، وإذا ثبت الإستحقاق بهذا اللفظ لم يجز أن يُحرمُوا .

---

(١) سورة البقرة آية (١٨٠) .

(٢) رواه أبو داود في سننه : ٣٨٢/٣ .

ويدل على ماذكرنا حديث عبد الرحمن بن أبي ليلى قال : سمعتُ علياً رضي الله عنه يقول : اجتمعتُ أنا والعباس وفاطمة وزيد بن حارثة [1] عنـــد النبي ﷺ فقلتُ : يارسول الله إن رأيت أن تولينا حقنا من هذا الخمس في كتاب الله فأقسمه في حياتك كي لاينازعني أحد بعدك فافعل ففعل ذلك فقسمتُه في حياة النبي ﷺ ثم ولاّنيه أبو بكر رضي الله عنه حتى كان آخر سنة من سني عمر رضي الله عنه فإنه أتاه مال كثير فعزل حقنا ثم / أرسل إليّ فقلتُ : بنا عنه العام غنىً وبالمسلمين عليهم **١٨٦/أ** حاجة فاردده فردّه عليهم ثم لم يدعُني إليه بعد عمر أحد ، فلقيتُ العباس بعدما خرجتُ من عند عمر ، فقال : يا علي حرمتنا الغداة شيئاً لايُرد علينا أبداً " ، وكان رجلاً داهياً . [2]

رواه أبو داود [3] على هذا الوجه .

والمعتمد الكتاب ولامزيد عليه .

وأما حجتهم :

تعلقوا بالخبر الذي روينا من طريق سعيد بن المسيب عن جبير بن مطعم حيث انطلق هو وعثمان إلى النبي ﷺ وقالا : قسمت لإخواننا بني المطلب ولم تعطنا شيئاً يعني بني عبد شمس وبني نوفل وقرابتنا واحدة فقال

---

(١) في المخطوط (حارث) والتصويب من سنن أبي داود .

(٢) الدّهى : بفتح الدال وسكون الهاء : الفطنة وجودة الرأي . انظر معالم السنن : ٣٨٦/٣ .

(٣) انظر سنن أبي داود : ٣٨٥/٣ ، ٣٨٦ مع المعالم ، باب في بيان مواضع قسم الخمس وسهم ذوي القربى .

النبي عليه السلام : (إنما نحن بنو هاشم وبنو عبد المطلب شئ واحد) .[1]

وفي رواية (انهم لم يفارقونا في جاهلية ولا إسلام) .[2]

قالوا : وهذا دليل على أنه أعطى بالنصرة لا بالقرابة ، فإنهم طلبوا بالقرابة ، وأخبر النبي ص ان الحق كان بالنصرة ، والنصرة قد ذهبت بوفاة النبي ﷺ .

قالوا : وأما الأولاد الذين حدثوا في زمان النبي ص فإنما أعطاهم لأن النصرة صفة في الشخص وقد سرت إلى الأولاد فأعطوا أيضاً ، إلاّ إن السراية إنما تكون إذا كانت الصفة ثابتة في الأصل ، فأما إذا انقطعت عن الأصل لم يتصوّر السراية ، وبعد وفاة النبي عليه السلام فاتت هذه الصفة في الأصول فلا سراية بعد ذلك .

قالوا : وإثبات الإستحقاق بالنصرة أولى ، لأن هذا مال كرامة والنصرة طاعة فيجوز أن يستحق بالطاعة مال الكرامة وأما القرابة فلا تصلح علة للإستحقاق ، ولأن القرابة من الإنسان إنما تكون سبباً لإستحقاق ماله ، فأما أن تكون سبباً لإستحقاق سهم من الغنيمة فلا يعرف، ولأن الله تعالى نزّه النبي عليه السلام عن هذا اللوث، وهو أن تكون رسالته سبباً لإستحقاق عرض من الدنيا ، فإذا لم يستحق هو بالرسالة فلأن لايستحق بالقرابة منه أولى وأحرى .

---

(١) رواه أبو داود في سننه : ٣٨٢/٣ مع المعالم ، باب في بيان مواضع قسم الخمس وسهم ذوي القربى .

(٢) روى هذه الرواية أبو داود في سننه : ٣٨٤/٣ مع المعالم .
والنسائي في سننه : ١١٩/٧ ، في أول باب الفئ .
وأبو عبيد في الأموال ص ٣٦٥ .

قالوا : وأما الآية ففيها بيان المصارف في الجملة على ما تذكرون في المسألة التي تلي هذه ، وذوي القربى مصارف في الجملة حتى لو أعطى فقرائهم جاز ، بل لو صرف إليهم الجميع جاز أيضاً فقد استحقوا في زمان النبي ﷺ بعلة النصرة إلاّ أن العلة سقطت بوفاة النبي ﷺ فسقط الحق .

وأما الذين قالوا : إنهم يستحقون سهماً بعد النبي ص بالفقر فقد قالوا : بموجب الكتاب ، لأن السهم لهم ثابت إلاّ إنه لفقرائهم ، وهذا لأن الخمس مال الله والفقر علة مؤثرة في الإستحقاق من الذي يضاف إلى الله تعالى ، فإن الفقراء عبيده ، وقد استحقوا عليه الرزق بحكم الوعد ولم يعطهم من الأملاك شيئاً مايكون رزقاً لهم فأحالهم على المال الذي له على عبيده من الزكوات والخمس وغير ذلك ، وهذا لأن الحاجة علة مخيلة في استحقاق العبد رزقه على مولاه ومالكه .

قالوا : ولأن السهم المذكور من الخمس عوض لذوي القربى من الصدقة التي حرموها عليهم ، والحرمان للفقراء منهم دون الأغنياء لأن الأغنياء منهم حُرمُوا بعلة الغنى لا بعلة القرابة فإذا كان الحرمان للفقراء على الخصوص كان العوض للفقراء على الخصوص .

ورووا بطريق الكلبي [١] عن أبي صالح [٢] عن ابن عباس أن أبابكر

---

(١) الكلبي : هو محمد بن السائب بن بشر الكلبي أبو النضر الكوفي النسابة المفسر متهم بالكذب ، ورُمي بالرفض ، من السادسة ، مات سنة ١٤٦هـ . روى له الترمذي وابن ماجة في التفسير . انظر التقريب ص ٢٩٨ .

(٢) أبو صالح مولى أم هانئ ، ضعيف . مدلس ، من الثالثة ، روى له أصحاب السنن الأربعة ، انظر التقريب ص ٤٢ .

وعمر ، وعثمان ، وعلياً ، قسموا الخُمس على ثلاثة أسهم لليتامى والمساكين وابن السبيل ، وجعلوا السهمين الباقين في الكراع والسلاح) .[1]

وذكر أبو داود في سننه في الخبر الذي ذكرناه برواية سعيد بن المسيب عن جبير بن مطعم أن أبا بكر قسم الخُمس نحو ما قسم رسول الله ﷺ غير انه لم يكن يعطي ذوي القربى ما كان النبي عليه السلام يعطيهم ، وكان عمر يعيطيهم ، وكذلك عثمان بعده .[2]

قالوا : فهذا يدل على أنه يجوز أن يُعطوا ، ويجوز أن يُمنعوا على حسب ما يراه الإمام ، ونحن كذلك نقول .

قالوا : ولأنه سهم من الخُمس فلا يجوز صرفه إلى الأغنياء .

دليله : سهم اليتامى .

الجواب :

أما الحديث الأول : فهو حجة عليهم على ما بينّا من قبل .

وأما قولهم : " انه ﷺ أعطى بعلة النصرة " .

قلنا : هذا محال ، لأن المروي انه قسم بين بني هاشم وبني المطلب ، فدل انه اعطاهم بعلة النسب .

وأما قوله ﷺ (إنما نحن وبنو المطلب شئ واحد) .

---

(١) قال الزيلعي في نصب الراية ، روى أبو يوسف عن الكلبي عن أبي صالح ... وذكره ٣/٤٢٤ .

(٢) انظر سنن أبي داود : ٣/٣٨٣ مع المعالم ، باب في بيان مواضع قسم الخمس وسهم ذوي القربى .

وأبو عبيد في الأموال ص ٣٦٥ .

قلنا : هذا مذكور بعلة إلحاق بني عبد المطلب بني هاشم دون بني عبد شمس وبني نوفل .

فإن قالوا : فإذا تحقق أنهم يكونون أتباعاً لهم فلا يسوّي بينهم وبين الأصول كالنساء والصبيان / . ١٨٦/ب

قلنا : إذا ألحقوا بهم فحينئذ يصيرون مثلهم فيسوى في الإستحقاق .

ويمكن أن يقال : انه ﷺ جعل جفوةَ بني عبد شمس وبني نوفل وتركَ نصرتهم له علة لحرمانهم مع استواء بني المطلب والبطنين الآخرين في النسب ، وهو كما صار عداوة أبي لهب علة لحرمان منه وإن كانوا من بني هاشم .

ومجموع الكلام أن العلة في الإستحقاق هي القرابة إلاّ انه بشرط النصرة أو بشرط ترك الجفوة وترك الأذية .

وأما قولهم : " ان القرابة لايجوز أن تكون علة . "

قلنا : يجوز ، لأن المال مال كرامة وقرابة الرسول عليه السلام مخيلة في استحقاق الكرامة .

وأما قولهم : " ان الله نزّه الرسول عليه السلام عن التلوث بالدنيا " .

قلنا : نعم ، ولكن على جهة الطمع وطلب العوض فأما على جهة الكرامة فلا ، بل سمّى له ﷺ سهماً من الخمس كرامة له وجعل له الصفيّ [١] كرامة له ، فكذلك يجوز أن يكون لأقربائه سهم من الخمس

---

(١) الصفيُّ : هو ما يصطفيه من عرض الغنيمة من شئ قبل أن يخمس ـ عبد أو جارة أو فرس ، أو سيف وغيرها ـ وكان النبي ﷺ مخصوصاً بذلك مع الخمس الذي كان له خاصة " أهـ . قاله الخطابي في المعالم : ٣/ ٤٠٠ .

كرامة لهم .

وأما قولهم : " **أنا نثبت لهم سهماً بعلة الفقر** " .

قلنا : هذا مال كرامة فتأثير القرابة في استحقاقه أظهر ولأن الكتاب نص على هذا الوصف وقد وجدناه مؤثراً فلا نحيله على سبب آخر .

وقولهم : " **إن الحاجة لاستحقاق المال الكفاية على سيده** » .

قلنا : نجيب عن هذا في المسألة التي تلي هذه المسألة .

وأما فصل الحرمان فهو بعلةٍ القرابة في الكل ، لأن العامل لايجوز أن يكون هاشمياً مع غناه لأجل القرابة ، ولأنه إنما يحرم بالغناء مَنْ يستحق بالفقر فأما مَنْ لايستحق بالفقر فكيف يحرم بالغناء ؟

فدل أن بني هاشم حُرِمَ الأغنياء والفقراء منهم بعلة القرابة والسهم من الخمس عوض فيجب أن يكون العوض في محل الحرمان بعلة الحرمان حتى يكون عوضاً ، لأنهم إذا حُرِمُوا بالقرابة ولم يُعوّضوا بكون الحرمان عقوبة عليهم ، فدل أن الإعطاء والحرمان جميعاً بالقرابة .

وأما الذي رووه عن طريق الكلبي :

فضعيف جداً ، وقد اتفق أهل العلم بالرجال على أن الكلبي متروك [١] ، وقد قيل : كان بالكوفة كذابان السَّدي [٢] والكلبي [٣] ،

---

(١) انظر : تهذيب التهذيب : ٩/ ١٨٠ .

(٢) إسماعيل بن عبد الرحمن بن أبي كريمة السُّدي أبو محمد الكوفي ، صدوق يهم ورمي بالتشيع ـ من الرابعة ـ ، مات سنة ١٢٧هـ .
روى له مسلم وأصحاب السنن الأربعة ، انظر التقريب ص ٣٤ .

(٣) انظر تهذيب التهذيب : ١٧٨/٩ .

وعلى أن السّدي أمثل منه .

وأما أبو صالح أستاذ الكلبي فقد كان يسميه سعيد بن جبير : ابن صالح دروغْ زن .[1]

وأما الذي ذكروا عن أبي بكر انه لم يكن يعطيهم كما كان يعطيهم رسول الله ﷺ " .

قلنا : قد نقل بالروايات الصحيحة أن أبا بكر أعطاهم ، فلا تترك تلك الروايات بمثل هذه الروايات ، فلا تقبل رواية مَنْ لم يعرف الإعطاء في مقابلة من عرف

الإعطاء ، وقد قال : عليٌّ ، أما أبو بكر فلم يكن في زمانه كثير مال وماكان فقد اعطانا .... " .

وعلى الجملة الإعتماد على الكتاب ولانسخ بعد النبي ﷺ بقول أحد ولا فعله .

وأما اليتامى :

قلنا : اليتم دليل الحاجة بدليل أنه لو أوصى ليتامى بني فلان يصرف إلى المحتاجين منهم بخلاف الأقارب .

وعلى أنه قد منع فصل اليتامى ، والأصح التسليم ، والجواب ما بينّا .

وقد قال أصحابنا :

إن القرابة إذا منعت مالاً أوجبت مالاً ، بدليل قرابة الإنسان

---

(١) ورُوي هذه اللفظة ابن عدي في الكامل بسنده عن سفيان عن محمد بن =

(=) قيس عن حبيب ابن أبي ثابت قال : كان إذا حدّث عن أبي صالح قال : دروغْزن " أهـ . ٢/٢٠٥ .

وذكر هذه اللفظة ابن حبان في كتابه المجروحين : ١/١٨٥(عند ترجمته) .

منعت مال الوصية وأوجبت مال الميراث ، وتقرير هذا ما سبق .

والقياس على قرابة الإنسان نفسه ضعيف ، وأصل الكلام في إثبات العوضية كلام مؤيد بالسنة وهو قوله عليه السلام (يابني هاشم إن الله تعالى كره لكم غُسالة أيدي الناس ، وعوّضكم منها خمس الخمس) .[1]

وقد بينّا وجه الإستدلال من هذا الكلام . والله أعلم بالصواب .

□□□□

---

(١) قال الزيلعي في نصب الراية : غريب بهذا اللفظ : ٢/٤٠٣ .
وروى مسلم في حديث طويل من رواية عبد المطلب بن ربيعة مرفوعاً : ان هذه الصدقات إنما هي أوساخ الناس وإنها لاتحل لمحمد ولا لآل محمد ...) الحديث .
انظر صحيح مسلم : ٧/١٧١ مع النووي ، باب ترك استعمال آل النبي ﷺ على الصدقة .

(مسألة)

لايجوز صرف الصدقات إلى صنفٍ واحدٍ بل يجب صرفها إلى جميع الأصناف الذين يوجدون ، وتصرف إلى ثلاثة من كل صنف .[1]

لنا :

قوله تعالى : (إنما الصَّدَقَاتُ لِلفُقَرَاءِ وَالمسَاكِينِ ....)[2] يقتضي ثبوت الحق لهم ، وقوله (والمساكين) معطوف في هذا الحق على الفقراء .

فثبت أصل الإستحقاق والتشريك بين الأصناف بمقتضى الآية .

وقد قال الأصحاب[3] : أضاف هذا الحق إليهم بلام التمليك واشرك بينهم بواو التشريك فهو مثل ما يقول الإنسان : هذا الثوب لفلانٍ وفلانٍ وفلانٍ " .

وقد حرّروا وقالوا : مضاف إلى أصناف بأوصافٍ فثبت الحق لهم، ولم

---

(١) الأم : ٢/٦١ ، المهذب : ١/٢٣٠ ، النكت : ٨٦/ب ، الحاوي : ٨/٤٧٨ .

لم يذكر المؤلف مذهب أبي حنيفة في هذه المسألة ولعله سقط سهواً من الناسخ وهو جواز صرفه إلى صنف واحد .

انظر مختصر الطحاوي ص ٥٢ ، الأسرار : ١/١٢٨/ب (مراد ملا) ، اللباب في الجمع بين السنة والكتاب : ١/٤٠٠ ، مختصر القدوري : ١/١٦٥ (مع الجوهرة) .

(٢) سورة التوبة آية (٦٠) .

(٣) منهم الشيرازي في مهذبه : ١/٢٣١ ، ونكته ورقه ٨٦/ب .

يجز أن يُحرم بعضهم ويُعطي بعضهم .

دليله : إذا أوصى لهؤلاء بثلث ماله .

وأما حجتهم :

تعلقوا بظاهر قوله (**إِنْ تُبْدُوا الصَّدَقَاتِ فَنِعِمَّا هِيَ وَإِنْ تُخْفُوهَا وَتُؤْتُوهَا الْفُقَرَاءَ فَهُوَ خَيْرٌ لَكُمْ** ...) [١]

فأقل ما يقتضي هذه الآية انه إذا صرف إلى الفقراء على الإنفراد يجوز .

قالوا : ولايجوز أن يحمل على النفل ، لأن الصدقات في كتاب الله محمولة على الفرائض بدليل قوله تعالى (**إِنَّمَا الصَّدَقَاتُ لِلْفُقَرَاءِ** ...) [٢] وبدليل قوله تعالى (**خُذْ مِنْ /أَمْوَالِهِمْ ١٨٧/أ صَدَقَةً تُطَهِّرُهُمْ بِهَا وتزكيهم** ...) [٣]

وأما المعنى :

قالوا : الفقراء ليسوا بمستحقين الزكاة ، وإنما هم مصارف لحق الله ، وإنما صاروا مصارفاً لحاجتهم إلى الكفاية وقد وجدت الحاجة في حق الواحد فصار محلاً لصرف حق الله تعالى إليه فإذا صرف إليه فقد صرف الحق إلى محله فجاز ، وهذا كما أن الكعبة لما صارت محلاً لأداء الصلاة إليها فسواء صلى إلى قلب الكعبة أو إلى جزء من أجزائها فإنه يجوز وقد بنوا هذا الفصل على أصلهم المذكور في مسألة نفي زكاة مال الصبيان وهو أن الزكاة محض حق الله تعالى وقد أمر بصرفه إلى الفقراء

---

(١) سورة البقرة آية (٢٧١) .

(٢) سورة البقرة آية (٦٠) .

(٣) سورة التوبة آية (١٠٣) .

لا على أنها حق لهم ، ولكن لأن الله تعالى وَعَدَ لهم الرزق ولم يملكهم ما يكون رزقاً لهم ، ولله تعالى على أرباب الأموال حقوق في أموالهم ، وهي : الزكوات أو العشور والكفارات فأحالهم بما وعدهم من الرزق على الأغنياء ليقبضوا أرزاقهم مما لله تعالى عليهم من الحقوق فصار كفّ الفقير شرطاً لتأدى حق الله تعالى ، ثم الفقير يستوفي رزقه من قبل الله بواسطة الوصول إلى الله تعالى حقاً له .

وقد ذكروا هذا الأصل في كتاب الزكاة بطوله وبسطه فلا يعاد .

وقالوا : من هذا الأصل ان الحق ليس للفقراء إنما هم مصارف على الوجه الذي بينّا ، وإنما صاروا مصارف لحاجتهم ، والحاجة في الجماعة والواحد واحد ، فقد وصل الحق إلى محله في الموضعين فتأدّى ووقع في موقعه كما لو صرف إلى الأصناف الثمانية .

قالوا : وخرج على هذا مسألة الوصايا ، لأن الموصي لهم مستحقون فإنهم أقوام عُيّنوا بعقد مشروع للاستحقاق فاستحقوا ، وإذا استحقوا لم يجز أن يُحرمُوا .

وأما الفقراء والمساكين في مسألتنا فمصارف ، وليسوا بمستحقين .

وقد تعلق مشايخهم : بالإمام إذا صَرَفَ إلى صنف واحد فإنه يجوز ، وكذلك رب المال لأنه نائبه وقائم مقامه .

وتعلقوا : بما لو اجتمع وصفان من هذه الأوصاف في شخص واحد لايجوز صرف وظيفتين إليه ، وكذلك إذا تفرق في شخصين .

الجواب :

أما الآية التي تعلقوا بها ، فلاتعارض الآية التي تعلقنا بها لأن فيها أمر بالإيتاء إلى الفقراء فتكون الآية متضمنة لصنف واحد .

وأصل الآية التي تعلقنا بها متضمنة جميع الأصناف . ونحن نعلم على القطع أن المتضمن لزيادة البيان أولى ، فعلى هذا يكون في تلك الآية فيها بعض ما تتضمنه هذه الآية فصارت هذه الآية أولى بالتعلق بها في هذا الحكم من تلك الآية ، لأن المستوفي والمتضمن لجميع الحكم أولى من المتضمن ببعضه .

وأما المعنى الذي قالوه والجواب عنه :

أن الأصل الذي ادّعوه باطل ، والصدقات حق الفقراء بنص الكتاب ، وبالنظر في الأمثال والأشباه فإن ما يجعله الله تعالى لصنفٍ ولقومٍ هو مثل ما يجعله العبيد بعضهم لبعض بالعقود المشروعة ، فكما أن الحق يثبت لهؤلاء الأصناف بالعقود ، كذلك بالسبب الذي جعله الله لهم ذلك إلاّ أن العقد الذي يثبت به الحق لهؤلاء الأصناف بهذه الأوصاف ليس إلاّ الوصية فاعتبر بها .

والذي قالوا : " انهم مصارف كالكعبة للصلاة " .

فاسد ، لأن الكعبة ليس بمحل الصلاة لها ، فلابد أن يكون مصرفاً والفقراء محل استحقاق الحقوق ، وقد أضيف هذا الحق إليهم بلام الإستحقاق فاستحقوه .

ودعواهم " ان الزكاة حق خالص لله تعالى " .

وقد تكلمنا على هذا في كتاب الزكاة .

وقولهم " ان الله تعالى أحال الفقراء على الأغنياء بما وَعَدَهم من الرزق " .

هوس ، لأن الحوالات إنما تصح في الحقوق الواجبة ولاوجوب على الله تعالى .

وقولهم " **إن الله تعالى ملّك الأغنياء رزقهم** " .

فهذا مذهب أهل البدعة ، وعندنا الرزق ما تقوم به حياة الإنسان ، وليس رزقه ما يملكه ، وَمَنْ يأكل الحلال والحرام كلهم في رزق الله تعالى ، وهذا مذهب أهل السنة .

والدليل عليه : يسهل لكنه خروج عن مسالك الفقهاء ، فلا ينبغي أن يمكنوا من الشروع في أمثال هذا الكلام .

ثم يقال لهم إنْ سلموا لكم انهم مصارف ، فإنما صاروا مصارفاً بالحاجة ، ولكن أسباب الحاجة مختلفة بإختلاف هذه الأسباب فحاجة الفقراء لعدم المال وحاجة المسكين بالضر والزمانة ، وحاجة العامل ليتفرغ لهذه الحسنة بما يصل اليه من العمالة ، وحاجة الغارم لتفريغ ذمته ، وحاجة ابن السبيل ليصل إلى أهله ووطنه ، وحاجة المجاهد ليصل بالمأخوذ الى الجهاد ، فإذا اختلف أسباب الحاجة والمقصود دفع هذه الحاجات ، فإذا صرفنا إلى البعض دون البعض عطلنا البعض فأعرضنا عن هذه الأسباب ونظرنا إلى نفس الحاجة / . **١٨٧/ب**

وكما لايجوز ترك النظر إلى أهل الحاجة لايجوز ترك النظر إلى أسباب الحاجة .

فإن قالوا : بإجتماعهم في أصل الحاجة يصيرون كصنفٍ واحد "

قلنا : هذا دعوى بلا دليل ، وإذا اختلفت الأسباب لم يجز أن يجعلوا كصنفٍ واحد ، لأن فيه تعطيل الأسباب .

وقد قالوا : لو أوصى لأمهات أولاده وللفقراء وللمساكين يكون الثلث من الموصي به لأمهات أولاده ، لأنه جعل لأمهات الأولاد سهماً ، وللفقراء سهماً وللمساكين سهماً ، فلو صارت الأصناف في مسألتنا

كصنفٍ واحد ، فصار الصنفان في مسألة الوصية كصنفٍ واحد فينبغي أن يكون لأمهات الأولاد النصف وللفقراء والمساكين النصف .[1]

وأما تعلقهم بالإمام :

فتعلق فاسد ، لأن الإمام نائب عن الأصناف جميعاً فالوصول إلى يد وصول إلى الأصناف ، ثم له بعد الولاية في التعيين وتركه ، والزيادة والتخيير ، وما أشبه ذلك ، ولأنه سبق عليه حفظ زكاة كل إنسان ليصرفه إلى الأصناف جميعاً فجعل زكاة جميع مَنْ يسلم إليه زكاته كزكاة شخص واحد لدفع هذا الحرج ثم عليه صرف ما في يده إلى جميع الأصناف حتى لو أعطى البعض وحرم البعض لايجوز .

وأما قولهم : " إنه إذا اجتمعت صفتان من هذه الأوصاف في الشخص الواحد لايستحق وظيفتين " .

قلنا : إنما كان كذلك ، لأن الله تعالى قد نص على الأشخاص كما نص على الأوصاف فنقول : وإن اجتمعت صنفان في هذه الصورة ، ولكن الشخص واحد فلا يجمع له بين وظيفتين وَجُعل كمَنْ له صفة واحدة ولم يجمع حتى لايؤدي إلى الإخلال بالنصوص من وجهٍ .

والله أعلم بالصواب .

---

(١) انظر الأسرار : ١/١٢٩/ب (مراد ملا) .

(مسألة)

مَنْ عليه زكاة الأموال الظاهرة يجوز أن يفرق الزكاة بنفسه على أحد قولي [1] الشافعي رضي الله عنه ، وأصحهما . [2]

وعند أبي حنيفة رحمة الله عليه : لايجوز [3] ، وهو القول الثاني . [4]

لنـــا :

قـوله تعـالى : (**ان تبـدوا الصـدقـات فنعـمـا هي وإن تخفوها وتؤتوها الفقراء فهو خير لكم ....**) .

وإيتاء الفقير هو الإيصال من يده إلى يده ، فأما الإيصال إلى يده من يد الإمام ان سُمّي إيتاء فهو مجاز لاحقيقة والعبرة بالحقيقة ، ولأنه أوصل الحق إلى مستحقه الذي هو من أهل استيفائه فوجب أن يصح ويخرج عن عهدته .

دليله : المشتري إذا أوصل الثمن إلى الموكِل .

ودليله : زكاة الأموال الباطنة إذا أوصلها مَنْ عليه إلى الفقراء .

وأما قولنا " أوصل الحق إلى مستحقيه " .

---

(١) الأم : ٦٧/٢ ، المهذب : ٢٢٨/١ ، النكت ورقه ٨١/أ ، الحاوي : ٤٧٢/٨ .

(٢) المهذب : ٢٢٨/١ ، الحاوي : ٤٧٢/٨ ، وهو القول الجديد .

(٣) الأسرار : ١/١٣٠/أ (مراد ملا) ، اللباب في الجمع بين السنة والكتاب : ٤٠٥/١.

(٤) المهذب : ٢٢٧/١ ، النكت ورقه ٨١/أ .

فقد بينّا ان الصدقات حق الفقراء .

وأما قولنا : " إنه من أهل إستيفائه " .

لأن الفقير حر عاقل بالغ رشيد فيكون من أهل استيفاء حقه .

يبينه : أن الإمام إذا قبض يؤمر بتسليمه إليه ، فإذا كان من أهل الإستيفاء من يد الإمام يكون من أهل الإستيفاء من يد مَنْ عليه ، ولأن الزكاة سقطت عنه فيما بينه وبين الله تعالى ، بدليل أنه لو لم يتفق مطالبة الإمام لايؤمر هو بالإعادة ، وإذا سقطت عنه وهو الموجب عليه في حق الله تعالى وهو الموجب له فلا معنى لبقائه في حق وسيط ليس بيده إلاّ الوساطة والطلب ، وهذا معتمد .

وأما حجتهم :

تعلقوا بظاهر قوله تعالى (**خُذْ مَنْ أموالِهِمْ صَدَقَةً** ...) [١]

وهو أمر ، والأمر على الوجوب ، ولأن الفقير مولى عليه من قبل الإمام في قبض الصدقات فلايجوز قبضه بنفسه ، كما لايجوز قبض الطفل .

وإنما قلنا "مولىً عليه " ، لأن الفقراء لكثرتهم عاجزون من قبض الصدقات فثبت الولاية عليهم لعجزهم ، كما يثبت على الأطفال والمجانين ، ولأن الأموال الظاهرة هي السوائم في البراري وأموال التجار في الطرق والزروع في الصحاري ، وهذه الأموال إنما تكون محفوظة مصونة بحشمة الإمام وحمايته ، ولولا ذلك ليغشمنّها الأيدي الظالمة ويوزعنّها المحادثات المتفرقة ولما كانت صيانتها بحشمة الإمام وحمايته فالله تعالى جعل له ولاية في قبضها جزاءً على تعبه في حمايته مثل

---

(١) سورة التوبة آية (١٠٣) .

المضحي يضحي فيقيم حق الله بيده فثبت له ولاية تفريق لحمها على الفقراء ليكون جزاءً له في مقابلة عمله .

وإذا ثبتت له هذه الولاية لم يكن لصاحب المال اسقاط حقه بل يحكم ببقاء حقه وبقاء الزكاة فيما يعود إلى حقه وان سقطت فيما بينه وبين الله تعالى ، ويجوز أن يسقط الشئ في حق شخص ويبقى في حق آخر كما لو قال زوج المعتدة : أخبرتني المرأة ان عدتها انقضت يحكم بسقوط العدة في حقه وبقيت في حقها على ما عرف .

وأما الموكل لأنه لاولاية عليه للوكيل ، وإنما الوكيل نائب وليس يدخل على هذا ما اعترضوا على / فصل الوكيل من وجه **١٨٨/أ** آخر وقالوا :إن لم نجوّز تسليمه الثمن إلى الموكّل احتجنا الى نقض قبضه واعادته في الحال ، لأن التسليم إليه متعين وإن قبضه الوكيل بخلاف مسألتنا ، لأن الإمام يجوز أن يعطيه فقيراً آخر .

قالوا :

وأما زكاة أموال التجارة فهي غير محفوظة بحشمة الإمام إنما هي محفوظة بأيدي أصحابها ، فلا معنىً لإثبات ولاية الإمام جزاءً على حمايته .

وعلى أنا إنْ قلنا : انها محفوظة بحشمة الإمام ، ولكن إنما جاز لأرباب الأموال أن يودوا بأنفسهم بأذن الإمام وهو عثمان رضي الله عنه على ما روى عنه ، إنه فوّض إليهم أداءها ، ولم يبطل بموته ، لأنه كان نوع حكم فلم يبطل بموت الحاكم .

واستدل مشايخهم :

بأصل ثبوت المطالبة فإن حق المطالبة ثابت للإمام في الأموال

الظاهرة بالإجماع حتى أن مَنْ عليه لو امتنع أخذ الإمامُ منه جبراً وقهراً

فنقول : حق ثبت للإمام المطالبة به واستيفائه فلا يجوز لِمَنْ عليه تفريقه بنفسه .

دليله : الجزية ، والخراج .

الجواب :

أما الآية ، فليس فيها أكثر من جواز أخذ النبي ﷺ والأئمة ، ولا كلام فيه .

وإنما الكلام في أنه هل يجوز لمن عليه أن يؤديها بنفسه أولا ؟ وليس في الآية تعرض لهذا .

أما قولهم : " **ان الفقير مولىً عليه** " .

لانسلم ، لأن الولاية لاتثبت إلاّ على مَنْ هو من أهل الولاية عليه ، والفقير حُرّ ، عاقل ، رشيد ، بالغ ، ليس من أهل ثبوت الولاية عليه .

وأما قولهم : " ان الفقراء لكثرتهم عجزه عن استيفاء الصدقة " .

قلنا : لاعجز ، لأنه لايؤمر بايصالها إلى جميع الفقراء ، ولأنه تعيين الفقير إلى مَنْ عليه الزكاة ، وإذا تعيّن ذهب العجز .

وأما قولهم : " ان السوائم تكون محفوظة بحشمة الإمام وحمايته " .

قلنا : وكذلك الأموال في البيوت وأموال التجارة في الخانات والحوانيت ، ومع ذلك يجوز لمن عليه أن يؤدّيها بنفسه " .

وقولهم : " انه كان بأذن الإمام وهو عثمان " .

قلنا : قوله رضي الله عنه كان في جميع الأموال فإنه قال :" هذا شهر زكاتكم فَمَنْ كان له مال وعليه دين فليحتسب ماله بما عليه ،

وليزك [١] بقية ماله .... " . [٢]

وليس لهذا اللفظ اختصاص بأموال التجارة دون غيرها ، وعلى أن الأموال الظاهرة إن كانت محفوظة بحمية الإمام فلم ينبغي أن يكون له الولاية على الفقراء .

فإن قالوا : جزاءً على عمله " .

قلنا : قد نال الأجر في الآخرة والرزق في الدنيا ، فلأيّ معنىً يحتاج إلى شئ آخر .

وأما ثبوت أصل المطالبة للإمام فللنظر لإرباب الأموال والفقراء.

أما أرباب الأموال فليسهل عليهم التسليم ولايحتاجون إلى طلب المستحقين وتتبع الأصناف ، وأما الفقراء فلأنه لو فوّض بالكلية إلى أرباب الأموال يغلب عليهم البخل والشح ولايكون للفقراء قوة الأخذ ، ولا لإرباب الأموال شفقة الإيصال فيفوت الحق .

وأما الإمام فيكون له قوة الأخذ وشفقة الإيصال فيحى الحق فلهذا أثبتنا لهم المطالبة .

وأما الجزية والخراج ، فإنما لم يجز لِمَنْ عليه أن يفرقها بنفسه لأن مستحقه غير متعين فإن للإمام أن يجعل الجزية والخراج في غير أرزاق

---

(١) في المخطوط " وليترك " والتصويب من المراجع الآتية في حاشية (٢) .

(٢) رواه الإمام مالك في الموطأ : ١١٧/٢مع المنتقى ، باب الزكاة في الدين .
والبيهقي في سننه : ١٤٨/٤ ، باب الدين مع الصدقة .
وابن أبي شيبة في مصنفه : ١٩٤/٣ ، باب ما قالوا في الرجل يكون عليه الدين مَنْ قال : لايزكيه .
وعبد الرزاق في مصنفه : ٩٢/٤ ، ٩٣ ، باب لازكاة إلاّ في فضلٍ .

المقاتلة مما يرى من المصالح ، وإذا لم يتعين مستحقه لم يجز لِمَنْ عليه تولى تفريقه بنفسه بخلاف مسألتنا فإن مستحق الصدقات متعيّن ، فإذا تعيّن مَنْ له وَمَنْ عليه ، ومَنْ له من أهل القبض فمنعُ قبضه محال .

يبينه : ان الخراج والجزية مصلحة الملك ، لأن الإمام لابُدّ له من قوة وقوته تكون بالجند ، وإنما يتقوّى بهم إذا أقاموا على بابه ، وإنما يقيمون على بابه برزقٍ يعطيهم ويجري على يده ، فإذا لم يجر على يده وكان لهم أن يأخذوا بأنفسهم أخذوا وتفرقوا وذهبت قوة الإمام فيصير كواحدٍ من الرعية فلا تبقى له هيبة عندهم ، وإذا ذهبت هيبته وحشمته عندهم فيضعف وتفرق جنده وأكلت الرعية بعضهم بعضاً وجاء الفساد الشامل وانقطع النظام وتعذر الضبط وانحل القوى وعَمّ الهرج ، وجاءت الفتنة الصماء العمياء ، وعند ذلك الهلاك وذهاب الدين والدنيا ، والله المستعان ، ومثل هذا لايوجد في أمر الزكاة ، لأنه للفقراء والمساكين ولايتعلق بذلك قوة الإمام ولابقاء السلطان فافترقا لهذا .

والله أعلم بالصواب وهو الموفق والمعين .

تم الربع الثاني من كتاب الإصطلام ، وهو ربع البيع بحمد الله تعالى ومنّه وهو الموفق لإتمامه بفضله وكرمه في أواخر شهر الله المعظم رمضان من شهور سنة سبع عشرة وخمسمائة ، والحمد لله وصلواته على نبيه محمد وآله أجمعين وحسبنا الله وحده وهو المعين .

□□□□

فهرس ثبت المراجع

١) **القرآن الكريم .**

٢) **أحكام القرآن للجصاص :**

لأبي بكر أحمد بن علي الرازي الجصاص ، مطبعة دار الفكر ، بيروت .

٣) **أحكام القرآن لابن العربي :**

لأبي بكر محمد بن عبد الله المعروف بابن العربي المالكي / تحقيق : على محمد البجاوي .

٤) **الأسرار :**

لأبي زيد عبد الله بن عمر الدبوسي (مخطوط) (مراد ملا) ، مطبوع (كتاب المناسك ، وكتاب النكاح) .

٥) **الاستذكار :**

لأبي عمر بن عبد البر النمري ، تحقيق : د / عبد المعطي أمين ، الناشر : دار الوعي ـ حلب .

٦) **الاستيعاب (مع الإصابة) :**

لأبي عمر بن عبد البر النمري ، انظر الإصابة .

٧) **الإشراف :**

لعبد الوهاب بن علي بن نصر البغدادي المالكي ، مطبعة الإرادة تونس .

٨) **الإصابة في تمييز الصحابة :**

لعلي بن أحمد بن حجر العسقلاني ، دار الكتاب العربي .

٩) **الإفصاح عن معاني الصحاح :**

لأبي المظفر يحيى بن محمد بن هبيرة الحنبلي ، الناشر : المؤسسة السعودية ، الرياض .

١٠) **الأم :**

لأبي عبد الله محمد بن إدريس الشافعي ، دار الشعب ، مصر .

١١) **الأموال :**

لأبي عبيد القاسم بن سلام ، تحقيق محمد خليل هراس ، طبع ادارة إحياء التراث الإسلامي ، قطر .

١٢) **الإنصاف في معرفة الراجح من الخلاف على مذهب الإمام أحمد بن حنبل :**

لعلاء الدين أبو الحسن علي بن سليمان المرداوي ، حققه : محمد حامد الفقي ، مطبعة السنة المحمدية ، الطبعة الأولى ، القاهرة .

١٣) **إيثار الإنصاف في آثار الخلاف :**

لسبط ابن الجوزي ، تحقيق : ناصر العلي الناصر الخليفي ، دار السلام ، القاهرة .

١٤) **البحر الرائق شرح كنز الدقائق :**

لزين الدين بن نجيم الحنفي ، الناشر : دار المعرفة ، بيروت .

١٥) **بدائع الصنائع في ترتيب الشرائع :**

لعلاء الدين أبو بكر بن مسعود الكاساني الحنفي ، الناشر : زكريا علي يوسف ، مطبعة الإمام ، القاهرة .

١٦) **بداية المجتهد ونهاية المقتصد :**

لأبي الوليد محمد بن أحمد بن محمد بن أحمد بن رشد القرطبي المالكي .

١٧) تاريخ خليفة بن خياط :

لخليفة بن خياط ، تحقيق : د / أكرم ضياء العمري ، ط ٢ ، ١٣٩٧هـ ، مؤسسة الرسالة ، دمشق .

١٨) تاريخ الطبري :

لأبي جعفر محمد بن جرير الطبري ، تحقيق : محمد أبو الفضل ، الناشر : دار المعارف ، ط (٤) ، القاهرة .

١٩) تاريخ المدينة :

لأبي زيد عمر بن شبه النميري البصري ، حققه فهيم محمد شلتوت ، توزيع السيد حبيب محمود أحمد ، دار الاصفهاني ، جدة .

٢٠) تحرير ألفاظ التنبيه :

لمحي الدين يحيى بن شرف النووي ، تحقيق : عبد الغني الدقر ، دار القلم ، دمشق ، ط ١ سنة ١٤٠٨هـ .

٢١) تحفة الأحوذي شرح سنن الترمذي :

لأبي العلي محمد بن عبد الرحمن المباركفوري ، عني بنشره : الحاج حسن ايراني .

٢٢) تفسير القرطبي (الجامع لأحكام القرآن) :

لأبي عبد الله محمد بن أحمد القرطبي ، ط ٣ ، مصورة عن مطبعة دار الكتب المصرية ، دار الكتاب العربي سنة ١٣٨٧هـ .

٢٣) تقريب التهذيب :

لأحمد بن علي بن حجر العسقلاني ، ط (١) ، سنة ١٣٩٣هـ ، دار نشر الكتب الإسلامية ، كوجرانواله ، باكستان .

٢٤) **تقويم الأدلة :**

لأبي زيد عبد الله بن عمر الدبوسي ، مخطوط برقم (٢٥٥) نسخة القدس .

٢٥) **تنوير الأبصار :**

لشمس الدين محمد بن عبد الله بن أحمد الغزي الحنفي ، انظر : رد المحتار .

٢٦) **تكملة المجموع للسبكي :**

لتقي الدين علي بن عبد الكافي السبكي ، انظر : المجموع .

٢٧) **تكملة فتح القدير :**

لشمس الدين أحمد بن قودر المعروف بقاضي زاده افندي .

انظر : فتح القدير .

٢٨) **التلخيص الحبير في تخريج أحاديث الرافعي الكبير :**

لأحمد بن علي بن حجر ، تحقيق : السيد عبد الله هاشم اليماني المدني سنة ١٣٨٤هـ ، شركة الطباعة الفنية ، القاهرة .

٢٩) **تهذيب التهذيب :**

لأحمد بن علي بن حجر ، ط ١ ، سنة ١٣٩٣هـ .

٣٠) **الجامع الصحيح (مع الفتح) :**

لأبي عبد الله محمد بن إسماعيل البخاري ، تحقيق : محمد فؤاد عبد الباقي ، ومحب الدين الخطيب ، المطبعة السلفية ، القاهرة سنة ١٣٨٠هـ .

٣١) **حلية الأولياء وطبقات الأصفياء :**

لأبي نعيم أحمد بن عبد الله الاصفهاني ، ط ٣ ، سنة ١٤٠٠هـ ، دار الكتاب العربي ، بيروت .

٣٢) **الحاوي الكبير شرح مختصر المزني :**

لأبي الحسن علي بن محمد بن حبيب الماوردي الشافعي ، تعليق : علي محمد معوض ، عادل أحمد عبد الودود ، مكتبة دار الباز ، مكة المكرمة ، ط ١ ، سنة ١٤١٤هـ .

٣٣) **خلاصة الوفاء باخبار دار المصطفى صلى الله عليه وسلم**

لعلي بن عبد الله بن أحمد الحسني السمهودي ، نشر : المكتبة العلمية ، بالمدينة ، ط ١٣٩٢هـ .

٣٤) **الخزانة في الأدب ولب لباب لسان العرب :**

لعبد القادر بن عمر البغدادي ، تحقيق : عبد السلام هارون ، ط/٣ ، ١٩٧٩م ، الهيئة المصرية العامة للكتاب .

٣٥) **الدراية في تخريج أحاديث الهداية :**

لأحمد بن علي بن حجر العسقلاني ، تعليق : عبد الله بن هاشم المدني ، مطبعة الفجالة ، القاهرة ، سنة ١٣٨٢هـ .

٣٦) **الدر المختار على تنوير الأبصار (مع رد المحتار) :**

ط ٢ ، مطبعة مصطفى البابي الحلبي ، القاهرة ، سنة ١٣٨٦هـ

٣٧) **ديوان الأعشى :**

لميمون بن قيس ، تحقيق : د / محمد محمد حسين ، ١٩٧٤م ، دار النهضة العربية للنشر والتوزيع .

٣٨) **ديوان علي بن أبي طالب رضي الله عنه :**

طبعة بولاق .

٣٩) **روضة الطالبين :**

لأبي زكريا يحيى بن شرف النووي الشافعي ، ط ١ ، المكتب الإسلامي، بيروت ، سنة ١٣٨٥هـ

٤٠) **رؤوس المسائل :**

لأبي القاسم محمود عمر الزمخشري ، تحقيق : عبد الله نذير أحمد ، ط ١ ، دار البشائر الإسلامية ، بيروت ، سنة ١٤٠٧هـ .

٤١) **الزهرة :**

لمحمد بن داود الاصفهاني ، تحقيق : د/ابراهيم السامرائي ، د/ نور حمود القيسي ، مكتبة المنار ، الزرقاء ، الأردن .

٤٢) **سنن أبي داود (مع المعالم) :**

لأبي داود سليمان بن الأشعث بن اسحاق الأزدي ، تحقيق : عزت عبيد الدعاس ، طبعة دار الحديث ، بيروت ١٣٨٨هـ .

٤٣) **سنن ابن ماجة :**

لأبي عبد الله محمد بن يزيد القزويني ، تحقيق : محمد فؤاد عبدالباقي ، مطبعة عيسى البابي الحلبي ، مصر .

٤٤) **سنن الترمذي :**

لأبي عيسى محمد بن عيسى بن سورة الترمذي .

انظر : تحفة الأحوذي ، وعارضة الأحوذي .

٤٥) **سنن الدارقطني :**

لعلي بن عمر الدارقطني ، تحقيق : عبد الله هاشم اليماني ، شركة الطباعة الفنية ، القاهرة ، سنة ١٣٨٦هـ .

٤٦) **سنن الدارمي :**

لأبي عبد الله محمد بن عبد الله بن بهرام الدارمي ، طبع بعناية محمد أحمد دهمان ، دار إحياء السنة النبوية .

٤٧) سنن البيهقي (السنن الكبرى) :

لأبي بكر محمد بن الحسين بن علي البيهقي ، مصورة عن الطبعة الأولى ، دار الباز للنشر ، مكة .

٤٨) سنن النسائي (المجتبي) :

لأبي عبد الرحمن احمد بن شعيب النسائي ، مكتبة البابي الحلبي ط ١ ، القاهرة سنة ١٣٨٣هـ .

٤٩) سنن سعيد بن منصور بن شعبه الخرساني المكي :

حققه : حبيب الرحمن الأعظمي ، ط ١ ، سنة ١٣٨٧هـ .

٥٠) شرح كتاب السير الكبير لمحمد بن الحسن الشيباني :

لمحمد بن أحمد السرخسي ، تحقيق : د / صلاح الدين المنجد.

٥١) شرح السنة للبغوي :

لأبي الحسين بن مسعود الفراء البغوي ، تحقيق : شعيب الارناؤوط / ط ٢ ، المكتب الاسلامي سنة ١٤٠٣هـ .

٥٢) شرح معاني الآثار :

لأبي جعفر أحمد بن محمد بن سلامة الأزدي ، تعليق : محمد سعيد عبد الخالق ، مطبعة الأنوار المحمدية ، القاهرة .

٥٣) شرح النووي على مسلم :

لأبي زكريا محي الدين بن شرف النووي ، المطبعة العصرية ، القاهرة .

٥٤) صحيح الامام مسلم بن الحجاج :

للامام مسلم بن الحجاج القشيري النيسابوري .

انظر : شرح صحيح مسلم للنووي .

٥٥) **طبقات ابن سعد (الكبرى) :**
لمحمد بن سعد ، دار صادر ، بيروت .
٥٦) **طبقات السبكي (الكبرى) :**
لتاج الدين أبو نصر عبد الوهاب بن علي السبكي ، تحقيق : د/ عبد الفتاح الحلو ، ود / محمود الطناحي ، مطبعة عيسى البابي الحلبي ، ط ١ ، سنة ١٣٨٥هـ ، القاهرة .
٥٧) **عارضة الأحوذي شرح سنن الترمذي :**
لأبي بكر محمد بن عبد الله المعروف بابن العربي المالكي ، مطبعة دار العلم للجميع ، بيروت .
٥٨) **العذب الفائض شرح عمدة الفارض :**
لإبراهيم بن عبد الله بن ابراهيم الفرضي ، دار الفكر ، بيروت .
٥٩) **فتح الباري شرح صحيح البخاري :**
لأحمد بن علي بن حجر العسقلاني .
انظر : الجامع الصحيح للإمام البخاري .
٦٠) **فتح القدير شرح الهداية :**
لكمال الدين محمد بن عبد الواحد السيواسي المعروف (بابن الهمام) ط ١ ، مصطفى البابي الحلبي ، سنة ١٣٨٩هـ، القاهرة .
٦١) **القاموس المحيط :**
لمجد الدين بن محمد بن يعقوب الفيروزآبادي ، ط ٢ ، سنة ١٣٧١هـ مصطفى البابي الحلبي ، القاهرة .

٦٢) قواطع الأدلة في أصول الفقه :

لأبي المظفر السمعاني، مخطوط برقم (٦٢٧) فيض الله افندي تركيا .

٦٣) قوانين الأحكام الشرعية :

لمحمد بن أحمد بن جزي الغرناطي المالكي ، الناشر : دار العلم للملايين ، بيروت .

٦٤) الكافي في فقه أهل المدينة :

لأبي عمر يوسف بن عبد البر النمري ، تحقيق : د / محمد أحمد الموريتاني ، ط ١ ، سنة ١٣٩٨هـ .

٦٥) الكامل في ضعفاء الرجال :

لأبي أحمد عبد الله بن عدي الجرجاني ، ط ٢ ، سنة ١٤٠٢هـ ، دار الفكر ، بيروت .

٦٦) كشف الأسرار عن أصول البزدوي :

لعلاء الدين عبد العزيز أحمد البخاري ، ط ٢ ، الناشر : دار الكتاب العربي ، بيروت .

٦٧) كنز الدقائق مع شرحه تبيين الحقائق :

لأبي البركات عبد الله بن أحمد المعروف بحافظ الدين النسفي .

٦٨) كتاب فضائل الصحابة :

للإمام أحمد بن حنبل الشيباني ، تحقيق : وصي الله بن محمد عباس

الناشر : مركز البحث العلمي ، جامعة أم القرى بمكة المكرمة ، ط ١ سنة ١٤٠٣هـ .

٦٩) **لسان الميزان :**

لأحمد بن علي بن حجر العسقلاني ، مصورة عن الطبعة الأولى سنة ١٩٧١م بيروت .

٧٠) **لسان العرب :**

لابن منظور المصري ، جمال الدين بن محمد بن مكرم الأنصاري طبعة مصورة عن بولاق ، الدار المصرية للتأليف والنشر .

٧١) **اللباب في الجمع بين السنة والكتاب :**

لأبي محمد علي بن زكريا المنبجي ، تحقيق : د/ محمد فضل عبد العزيز المراد ، الناشر : دار الشروق ، جدة ، ط ١ ، سنة ١٤٠٣هـ .

٧٢) **المبسوط :**

لشمس الأئمة السرخسي ، ط ٣ ، بالأوفست سنة ١٣٩٨هـ ، دار المعرفة ، بيروت .

٧٣) **مجمع الأنهر شرح ملتقى الأبحر :**

لشيخ زاده ، ط ١ ، سنة ١٣٠٩هـ ، تركيا .

٧٤) **مختصر الطحاوي :**

لأبي جعفر أحمد بن محمد الطحاوي ، دار الكتاب العربي ، القاهرة سنة ١٣٧٠هـ .

٧٥) **مختصر القدوري (مع الجوهرة) :**

لأبي الحسين أحمد بن محمد القدوري .

٧٦) **مختصر المزني (مع الأم) :**

لأبي إبراهيم إسماعيل بن يحيى المزني .

انظر : الأم .

انظر : الحاوي .

٧٧) المستدرك على الصحيحين :

لأبي عبد الله الحاكم النيسابوري ، الناشر : دار الكتاب العربي بيروت .

٧٨) المسند (المتن) :

للإمام أحمد بن حنبل ، دار صادر ، بيروت .

٧٩) مصنف ابن أبي شيبة (الكتاب المصنف في الأحاديث والآثار) :

لعبد الله بن محمد بن أبي شيبة ، تحقيق : عامر العمري الأعظمي ، الناشر : مختار أحمد الندوي ، الدار السلفية ، بومباي ، الهند .

٨٠) المصنف :

لأبي بكر عبد الرزاق بن همام الصنعاني ، تحقيق : حبيب الأعظمي / ط ١ ، سنة ١٣٢٢هـ .

٨١) المصباح المنير في غريب الشرح الكبير للرافعي :

لأحمد بن محمد بن علي الفيومي ، الناشر : المكتبة العلمية ، بيروت .

٨٢) معالم السنن على سنن أبي داود :

لأبي سليمان حمد بن محمد بن إبراهيم الخطابي .

انظر : سنن أبي داود .

٨٣) المغني شرح مختصر الخرقي :

لأبي محمد عبد الله بن أحمد بن قدامة المقدسي ، تحقيق د / عبد الله التركي ، و د/ عبد الفتاح الحلو ، ط ١ ، دار هجر للطباعة والنشر ، سنة ١٤٠٦هـ ، القاهرة .

٨٤) **مغني المحتاج شرح المنهاج :**
لمحمد الشربيني الخطيب ، مكتبة مصطفى البابي الحلبي ، القاهرة ، سنة ١٣٧٧هـ .

٨٥) **المنتقى شرح الموطأ :**
لأبي الوليد سليمان بن خلف الباجي الأندلسي ، ط ٢ ، دار الكتاب العربي ، بيروت .

٨٦) **المنتقى من السنن المسندة عن رسول الله ص :**
لأبي محمد عبد الله بن علي بن الجارود النيسابوري ، تعليق : عبد الله هاشم يماني ، ط ١ ، سنة ١٣٨٢هـ ، مطبعة الفجالة ، القاهرة .

٨٧) **المنهاج مع شرحه مغني المحتاج :**
لأبي زكريا محي الدين بن شرف النووي ، مطبعة مصطفى البابي الحلبي ، القاهرة .

٨٨) **الموطأ (مع المنتقى) :**
للإمام مالك بن أنس إمام دار الهجرة .
انظر : المنتقى شرح الموطأ .

٨٩) **المهذب :**
لأبي إسحاق إبراهيم الشيرازي الشافعي ، مصطفى البابي الحلبي ط ٣ ، سنة ١٣٨٦هـ ، القاهرة .

٩٠) **نصب الراية لتخريج أحاديث الهداية :**
لجمال الدين أبو محمد عبد الله بن يوسف الزيلعي ، الناشر :

المكتبة الإسلامية ، ط ٢ ، سنة ١٣٩٣هـ ، استانبول .

٩١) **النكت في المسائل المختلف فيها بين الشافعي وأبي حنيفة**

لأبي إسحاق إبراهيم بن علي الفيروزآبادي الشيرازي ، مخطوط رقم (١١٥٤) مصور عن أحمد الثالث .

٩٢) **نهاية المحتاج شرح المنهاج :**

لشمس الدين محمد بن أبي العباس أحمد بن حمزة بن شهاب الدين الرملي ، مكتبة مصطفى البابي الحلبي ، القاهرة ، ط ١ سنة ١٣٨٦هـ .

٩٣) **الهداية (مع فتح القدير) :**

لبرهان الدين علي بن أبي بكر المرغيناني ، ط ١ ، مطبعة مصطفى البابي الحلبي ، القاهرة .

ثانياً : الأحاديث والآثار

ثالثاً : الأعلام

رابعاً : فهرس الأشعار والرجز

	رقم الصفحة

خامساً : فهرس الكتب الواردة في المخطوط

فهرس المسائل الواردة في الكتاب

رقم الإيداع بدار الكتب المصرية ١.٧٧٧ / ٩٥
الترقيم الدولى ٨ - ٧٢ - ٥٢٥٤ - ٩٧٧